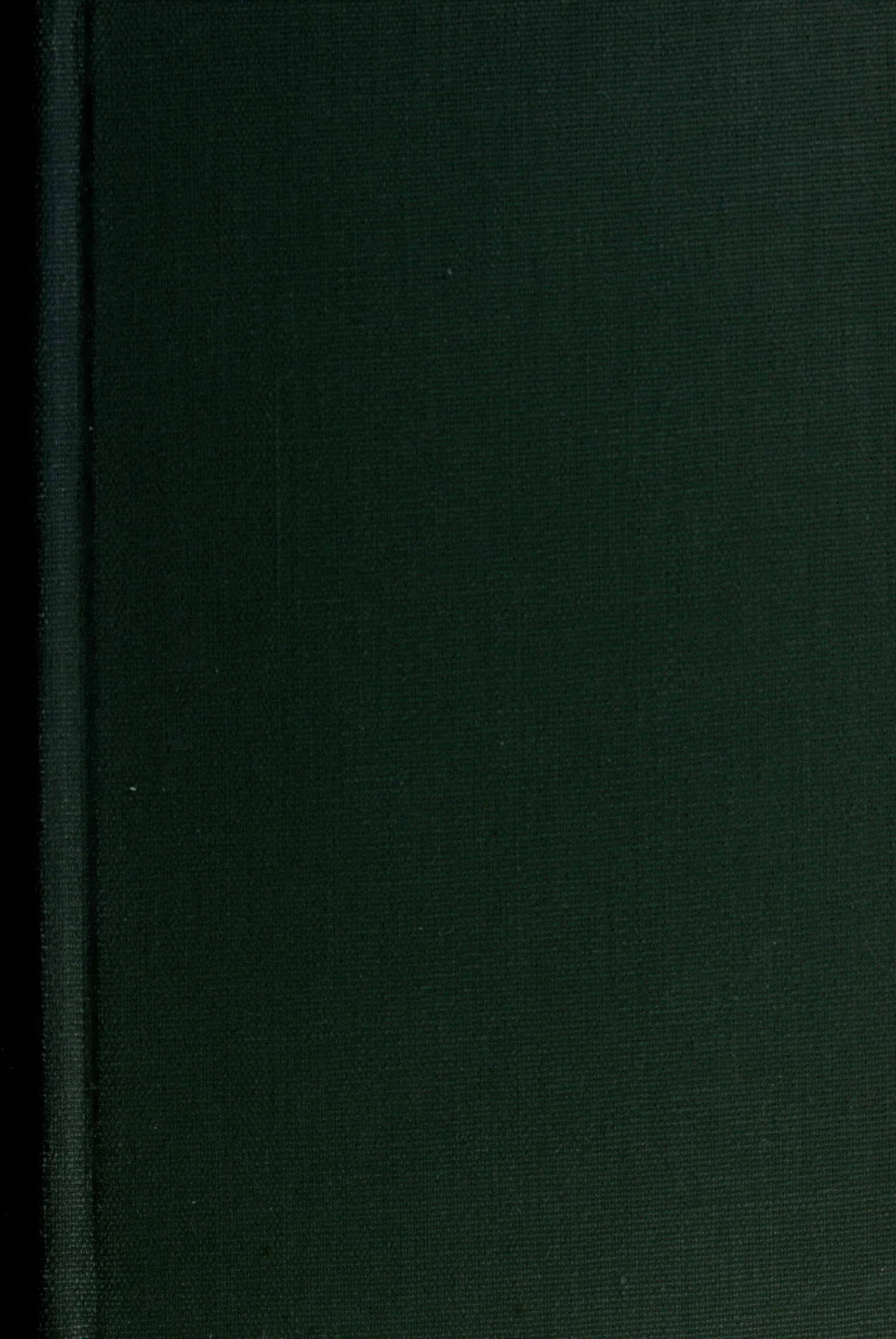


ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
R. SCHRÖDER, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

Bd. 37-39 (1916-1918)

SIEBENUNDDREISSIGSTER BAND -39 BAND

L. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1916. -18



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXVII. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Miszellen:

Literatur:



Ernst Immanuel Bekker †.

Am 29. Juni d. J. ist der Mitherausgeber dieser Zeitschrift, insbesondere ihrer romanistischen Abteilung, im hohen Alter von achtundachtzig Jahren zu Heidelberg verstorben. Seit dem Jahre 1881 hatte er dem Komitee der Herausgeber angehört; der zweite Band der Savigny-Zeitschrift, nach alter Zählung der fünfzehnte der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, trägt auf dem Titelblatt zum erstenmal seinen Namen neben denen von v. Roth, Böhlau und Pernice. Seit dem Tode von Böhlau und v. Roth, also seit 1888, war er unter den Herausgebern der Senior und hat diese seine Stellung durch fast drei Jahrzehnte auf das würdigste ausgefüllt. Wenn er sich auch an der Redaktion der einzelnen Bände der romanistischen Abteilung zu keiner Zeit, außer durch vorübergehende Vertretung, beteiligt hat, war doch der Name des als Historiker wie als Dogmatiker gleich angesehenen und bedeutenden Mitherausgebers für die Zeitschrift eine ebenso große Zierde als Stütze und groß ist die Anzahl wertvollster Beiträge, durch die er deren romanistische Abteilung noch bis in sein hohes Alter hinauf bereichert hat. Neben dem Staunen über die von dem vielfachen Jubilar bewahrte geistige Frische und körperliche Rüstigkeit steht aber die dankbare Anerkennung der vornehmen und wahrhaft großzügigen Sinnesart, welche Bekker in den zahlreichen sachlichen und persönlichen Fragen der Leitung unseres Unternehmens stets an den Tag gelegt hat. Dafür kann niemand besser Zeugnis ablegen als ich selbst, der ich durch anderthalb Dezennien an unserer romanistischen Abteilung mit ihm zusammenzuwirken das Glück und die Freude hatte. Nie werde ich das freundliche Entgegen-

kommen vergessen, das er mir bei meinem Eintritt in den Kreis der Herausgeber bezeigt hat und ebensowenig die herzliche und vertrauensvolle Art, welche er in gemeinsamen Redaktionsangelegenheiten stets an den Tag legte; die Offenheit, mit der er sich aussprach, die klare Bestimmtheit seiner Äußerungen und das Vertrauen, mit welchem er den Entscheidungen des Mitarbeiters entgegensah. Innerhalb fünfzehn Jahren hat zwischen uns niemals auch nur die leiseste Meinungsverschiedenheit Platz gegriffen, und in jeder Frage konnte ich darauf rechnen, den romanistischen Mitherausgeber mit seiner vollen Autorität an meiner Seite zu finden; das Gefühl der Solidarität und Kollegialität war bei ihm im höchsten Maß vorhanden. Für das alles danke ich persönlich ihm noch über das Grab hinaus und bekunde gleichzeitig im Namen sämtlicher Mitherausgeber die tiefe Trauer über den schweren Verlust, welchen die Zeitschrift und die von ihr gepflegte Wissenschaft in der Person E. I. Bekkers erlitten hat.

Ein Lebensbild des Verstorbenen, gezeichnet von dem dazu Berufensten, dem einstigen Schüler und langjährigen nahen Freunde, soll die Reihe der diesjährigen Abhandlungen eröffnen.

Für die Redaktion
der Romanistischen Abteilung:

Ludwig Mitteis.

Ernst Immanuel Bekker

von

Otto Gradenwitz.

Ernst Immanuel Bekker wurde am 16. August 1827 zu Berlin geboren und starb zu Heidelberg am 29. Juni 1916. Langlebiger Eltern langlebiger Sohn. Der Vater, August Immanuel Bekker, der Philologe, geboren noch im letzten Regierungsjahr Friedrichs des Großen, als Gelehrter schon zur Zeit der Freiheitskriege anerkannt, gestorben eine Woche vor dem Einzuge nach dem 70er Kriege, die Mutter beinahe Zeitgenossin Kaiser Wilhelms I. durch Geburt und Tod; und der Sohn, der seine ersten dreizehn Jahre unter Friedrich Wilhelm III. lebte, wurde bestattet im zweiten Jahre des Weltkriegs. Noch als Achtziger hat er von den Vorgängen aus den dreißiger Jahren auf dem Eiselenschen Turnplatz in Berlin in einer Zeitschrift geplaudert mit der Unmittelbarkeit, die im höchsten Alter den Kindheitserinnerungen eigen zu sein pflegt; aber noch 1911 auch von den Olmützer Erlebnissen seiner Leutnantszeit mit gleicher Frische. Die Dissertation, auf die er in Berlin unter Keller in utroque jure summa cum laude promovierte, ist vom Jahre 1849, bei der 60jährigen Gedenkfeier erhielt er 1909 zwei Ehrendoktorate der Philosophie, und seine letzte Publikation stammt von 1915. Dazwischen liegt eine stattliche Anzahl Bücher, ungezählte Aufsätze — von denen einer, ein Zeitungsartikel aus dem Jahre 1862 oder 1863, gemeinsames Produkt des damaligen Hilfsarbeiters Bekker im auswärtigen Ministerium, des Ministers, und einer noch höheren Stelle sein soll —, liegen Publikationen juristischer, philologischer, philosophischer, belletristischer Natur; liegt eine 55jährige Lehrtätigkeit an den Universitäten Halle, Greifswald,

Heidelberg; unterbrochen durch eine halbjährige Hilfsarbeiterschaft unter Herrn von Bismarck-Schönhausen, abgelöst durch ein otium cum dignitate — nicht sine studiis — eingeleitet aber durch eine kurze Auskultatortätigkeit und einen mehrjährigen Dienst als aktiver Infanterieoffizier.

Ein väterlicher Freund des Hauses A. I. Bekker war Schleiermacher, dem Boeckh und A. I. Bekker sich auch in ihren akademischen Schwierigkeiten anzuvertrauen pflegten, und den Knaben, den Täufling Schleiermachers, band treue Anhänglichkeit an diesen; er hat ihn zum letzten Geburtstage durch ein kindliches Geschenk aus eigenem Besitze erfreut.

Damit sind die Elemente von E. I. Bekkers Lebensgang gegeben: Der Vater, der Philologe, dessen große Editoren-Leistung Theodor Mommsen rühmt und nach dem er Probus, „den ersten unter den römischen Grammatikern“, als „diesen römischen Immanuel Bekker“ bezeichnet; der unerschrockene und wahrheitsliebende Theologe als Schutzengel der Kindheit und, dürfen wir hinzufügen, die Mutter, die des Sohnes Gemüt erzogen; im eigenen Leben „Uniform und Talar“.

Das Verhältnis zu den Eltern war von einer Treue und Innigkeit, die ergreifend wirken. Dem Vater hat er in den Preußischen Jahrbüchern selbst ein Denkmal gesetzt. In den Reden zum 60jährigen Doktor-Gedenktage war es dem 81 jährigen eine Freude, vom Vater zu beginnen: „Grundvornehme Natur“, wie er ihn nannte; und noch in den letzten Lebensmonaten sprach er gerne vom Vater: ähnlich jenem: *Πατέρα ματεύων — ἐς Ἅιδου· οὐ γὰρ ἐν φάει γ' ἔτι.* Mit der Mutter, die im letzten Jahrzehnt ihres Lebens den Wohnsitz des Sohnes teilte, hat er als junger Student über seine Studien so eindringlich korrespondiert, daß ihn bei der Durchsicht im hohen Alter Verwunderung ankam.

Unterricht genoß er im Griechischen und später im Lateinischen vom Vater, wie er selbst es geschildert hat, dann folgt das Friedrich-Wilhelm-Gymnasium in Berlin; zwei Erzählungen aus dieser Zeit: als von den radikalen

Bibelkritiken gesprochen wird, fragt der Knabe, ob etwa auch Sokrates nie existiert habe; die andere: der Primaner kommt zu spät und entnimmt dem Schrank den nicht mit nach Hause genommenen Thucydides, wird darauf vom Lehrer sofort aufgerufen, übersetzt glatt — „Aber präpariert haben Sie sich doch nicht". Sehr jung absolviert, beginnt er das Studium in Berlin, geht dann nach Heidelberg, tritt in Beziehungen zu einem Korps: Die Verleihung der Schleife dieses Korps und die Wahl zum Korrespondenten der Berliner Akademie bezeichnete er als die Ehrungen zum 70. Geburtstag, die ihn am meisten erfreut hätten. Er hört auch bei Vangerow Pandekten und geht dann nach Berlin zurück, um bei Puchta, Homeyer, Rudorff weiter zu studieren, in deren Heften „allerlei enthalten war, was damals noch nirgends gedruckt stand".

Savigny hat er nicht damals persönlich kennengelernt, sondern erst nachdem er ihm die prozessualische Konsumption gewidmet, besucht er ihn und findet ihn als „freundlich würdevolle Erscheinung", „Ruine meines alten Meisters."

In freundschaftliche Beziehungen trat er unter anderem zu Puchtas Sohn; nach kurzer Tätigkeit als Auskultator wird er Linienoffizier, einige Zeit in Berlin, während der Mobilmachung 1850 ist er Adjutant eines Ersatzbataillons in Küstrin, diese Mobilmachungszeit „das beschäftigtste und zugleich leerste Stück meines Lebens". Im übrigen ist in Vielem der Stand des Offiziers für seine Lebensanschauung bestimmend geblieben. Aber die Zeitverhältnisse halten ihn nicht bei der Fahne, die nicht entrollt werden soll, und noch auf der Wachtstube schreibt er an Plautus-Arbeiten, die ihn in den väterlichen Beruf zurückführen. Dann folgt die Ausarbeitung der Habilitationsschrift — „da versagen die Augen". — Es ist Savigny, dem er das Werk widmet: „Trete ich getrosten Mutes vor Ew. Exc., weil ich mich nicht von kleinlichen Rücksichten bestimmt fühle", „Ew. Exc., an dem unsere Zeit ebenso die Festigkeit in politischen Stürmen wie das kühne Vordringen in der Wissenschaft verehrt."

Sehen wir zu, welche Persönlichkeit und mit welchen Anschauungen sie in die akademische Tätigkeit eintritt. Der Vater hatte eine harte Jugendzeit auf sich nehmen müssen, um das Studium der Philologie zu erreichen: Als Sohn eines Schlossermeisters sollte er nach dessen Meinung wiederum Handwerker werden, mußte daher auf dem Gymnasium jahrelang sich selbst unterhalten und die freie Station bei dem Direktor Gedike bezahlen „mit Dienstleistungen niedrigster Art..... Schon die Anrede markierte, daß der Direktor den primus omnium als einen gesellschaftlich unter allen Mitschülern Stehenden betrachtete". Freilich hinderte dies nicht, daß August Immanuel Bekker, der primus omnium, „mit seinem Vorgänger in derselben Stellung Karl von Raumer und mit seinem Nachfolger Alexander von der Marwitz intime Freundschaft schloß". Dieser selbe Jüngling findet sich mit 25 Jahren als außerordentlicher Professor, mit 26 als ordentlicher an der Universität Berlin, nicht ohne Widerspruch und Widerstände festgehalten durch den großen Philologen Friedrich August Wolf. Er durchreist dann im Auftrage der Akademie für seine Editionen halb Europa (befreundet sich in Paris unter anderen mit Uhland, in Rom mit dem Humboldtschen Kreise) und gründet sich durch die Heirat 1825 in Berlin ein Haus, in dem der hohe Adel der Wissenschaft verkehrt. Dabei ist ihm „die berühmte Bekkersche Schweigsamkeit" eigen.

Der Sohn, auf besondere Art vorgebildet, schon durch den Umgang im väterlichen Hause auf die Universalität menschlichen Geistes hingewiesen und befähigt, in eigenem Nachdenken diese Eindrücke zu verarbeiten, reist mit den Eltern als Knabe nach Italien; seinem feinen Kunstsinne macht es Freude, vor dem Bilde den Maler zu erraten, wie er denn für die bildende Kunst und für die Musik (die er auch am Klavier ausübte) ein liebevolles und tiefes Verständnis, und überall ein sicheres und entschiedenes Urteil hatte. Das Modernistische war nicht sein Geschmack; in der Musik Beethoven sein Heros: Tacitus, Shakespeare, Beethoven ist seine Trias. In Rom bewundert er aus der Römerzeit das Kolosseum und aus der Renaissance die

Peterskirche. Übrigens fand er sich in Paris am ersten Tage heimisch, in Rom nicht; vor allen fremden Völkern hatte er für die Franzosen etwas übrig.

„Blöde bin ich nie gewesen", aber der Vater pflegte „die eigene Blödigkeit und Unbehilflichkeit im Verkehr mit Menschen stets auf den gebrochenen Jugendmut zurückzuführen"; „„so etwas verwindet man nun und nimmer mehr"". Diese Erfahrung hinderte den Sohn, Blödigkeit geringschätzig zu behandeln, und die Schweigsamkeit des Vaters ließ auch beim Sohn unverhältnismäßigen Stolz auf die eigene oder auf fremde Eloquenz nicht aufkommen. Auch war es natürlich, daß ihm, als er aus dem Soldatenstand zurück und in die akademische Laufbahn eintrat, eine ritterliche Kameradschaft auf der Grundlage korporativer Freiheit als Ideal erscheinen mußte. Bekker hat auch eine Zeitlang mit der Möglichkeit gerechnet, als Nachfolger von Johannes Schultze Universitäts-Dezernent im preußischen Kultusministerium zu werden, und es mag nur ein zeitlicher Zufall gewesen sein, daß er es nicht wurde; wie er sich das Amt des ministeriellen Verwalters der preußischen Universitäten dachte, hat er in dem namenlos erschienenen Buch „Allerlei über deutsche Universitäten von einem deutschen Professor" (1869) erläutert, welches dem seit 1859 emeritierten Johannes Schultze gewidmet ist. Mit seltenem Freimut ergeht er sich über die Berufs- und Berufungsangelegenheiten; für letztere schlägt er ein System der Meldungen vor, die durch die Fakultäten zu begutachten, vom Ministerium zu entscheiden seien, übrigens der Veröffentlichung unterliegen sollen. Die Vorlesungshonorare will er gänzlich abschaffen, ohne jedoch das Studium deswegen gebührenfrei werden zu lassen. Aber nicht bloß praktische Ziele bringt er, er gibt auch ein lebensvolles und sehr ungeniertes Bild des Treibens auf den Universitäten, wie denn die Kapitelüberschrift, welche auf „die Studenten", „die Professoren" folgt, also lautet: „Pedelle, Universitätsrichter, Kuratoren". Das Buch endet mit Vorschlägen für das Staatsexamen der Juristen. Wie Bekker das Staatsamt ausgefüllt haben würde, kann man außer in dem Buche, vielleicht mehr noch, in seinem

Urteil über Menschen sehen, wie es in seinen zahlreichen Anzeigen zutage tritt und in Briefen niedergelegt ist (mit erstaunlicher Sicherheit hat er aus einer Dissertation schon den künftigen Gelehrten erkannt), wie es ferner in den Nachrufen auf befreundete Gelehrte (und sein langes Leben gab ihm oft die Feder dafür in die Hand) und in den Essays 'Vier Pandektisten' zum kleinen Heidelberger Jubiläum 1903 in die Erscheinung trat. In diesen Lebensbildern wie in den nicht juristischen Essays zeigte sich die Eigenart seines Stils sicherer als in den durchaus juristischen Werken; wie man von den Parlamentsreden eines Staatsmannes gesagt hat, sie seien wie im Salon gesprochen, so kann das auch von Bekkers Essays, vielleicht auch von einigen Büchern gelten. Offenheit, Anschaulichkeit und Frische sowie eine gewisse Unmittelbarkeit, mit der er sich an jeden Leser persönlich zu halten scheint, zeichnen ihn aus, und es ist ihm mehr als andern Bedürfnis, sich auch persönlich in einer längern Vorrede an den Dedikatar zu wenden. Nicht nur Gelegenheitsschriften wie die an Johannes Schultze und das Ernst- und Scherzbuch an Jhering, das Besitzbuch an Bluntschli läßt er mit solchen Vorreden ausgehen (und hier kommt wohl im Buch selbst noch gelegentlich die Anrede „Verehrtester Freund"), auch den Aktionen stellt er einen offenen Brief an Karl Georg Bruns voran, und dieser offene Brief hat einen Dauerwert wissenschaftlicher Natur neben dem Werke, vielleicht noch über das Werk hinaus. Auch liebte er es, in den Schriften Erinnerungen an Erlebnisse einfließen zu lassen, wodurch der Darstellung ein persönlicher Stempel aufgeprägt wird, so wenn er in einer Beilage zu den Aktionen erzählt, daß Keller es nicht gebilligt habe, als Bekker gegen die Savignysche Exzeptionenlehre aufgetreten sei: „Wenn ein so großer Mann so weit abgeirrt habe, so müsse man das mit Stillschweigen bedecken"; oder wenn er in einem Streitaufsatz erwähnt, Keller habe den Gajus auswendig gekonnt und die ganzen Pandekten siebenmal durchgelesen für die Zwecke seiner Werke über den Prozeß. Nicht selten trägt seine Polemik in späteren Jahren einen leidenschaft-

lichen Zug; in früheren Jahren überwiegt wohl Sarkasmus, wie z. B. wenn er, eigene Worte der Betreffenden zusammenstellend, „Jheringsche Windstöße“ und „Kuntzescher Orkan“ sagt; aber die Polemik von Demelius gegen ihn selbst hat er im Druck mit Lobeserhebungen dankend anerkannt. Am freiesten aber zeigt sich seine Schreibweise in den Briefen, über denen ein weicher Glanz liegt — sie, wie die an einen größeren Kreis gerichteten Dankschreiben sind Muster einer vornehmen und gehaltenen Prosa. Bruns sagt in der Anzeige der prozessualischen Konsumption „hervorgehoben zu werden verdient noch die edle getragene Sprache, der nur etwas selbstgefällige Geziertheit wegzuwünschen wäre“. Dem Buch über Strafrecht gegenüber würde er die letztere Einschränkung kaum aufrechterhalten haben. Die nicht streng juristischen Werke bieten schöne Bilder, so, wenn er sagt, der Vater habe „die kritische Bearbeitung der Texte regelmäßig dann abgebrochen, wann er sich überzeugt hielt, daß die weiter darauf zu verwendende Zeit und Mühe wohl immer noch einiges, aber relativ wenig zur Förderung der Aufgabe beitragen werde — gerade wie eine praktische Forstverwaltung die Bäume umhaut nicht wann das Wachstum, sondern wann das rasche Wachstum und die starke Holzproduktion aufhört“. Als Redner war ihm ein Wiegen der Stimme eigen, wie ein solches auch in seinem Gange lag; bei ihm, dem Berliner Kinde, berührte eigentümlich das von der Mutter überkommene schleswig-holsteinische St. Die Rede floß nicht nur ohne Stocken, sondern ganz natürlich und ohne jedes Pathos; Pathetiker waren seine Neigung nicht. Klarheit aber forderte er von sich und anderen: sie schien ihm durch Einfachheit am besten gewährleistet.

Die Habilitation erfolgte 1853 in Halle unter Bruns, welchem Bekker Zeit seines Lebens seine Anhänglichkeit bewahrt, ihm auch einen Nachruf gewidmet hat. Noch nach 50 Jahren schreibt er von dem Zusammensein mit Bruns wiederholt und mit Dankbarkeit gegen das Geschick (aus Briefen): „den nützlichsten Lehrerfreund fand ich in

Bruns". „Bruns, den im Verständnis, Herausschälen und Entwickeln fremder Gedanken Unübertrefflichen." Es scheint das Verhältnis des jungen Dozenten zum Fachvertreter in der Tat von vornherein nicht das des einseitig Empfangenden gewesen zu sein und sich im Laufe der vier Jahre zu einem äqual bilateralen ausgewachsen zu haben; wiederum schnitt der Ruf nach Greifswald das Beisammensein früh genug ab, um diejenigen Schatten fernzuhalten, welche bei gar zu lange andauernden Beziehungen dieser Art der Gegensatz zwischen der Ungleichheit in der Stellung und der wissenschaftlichen Ebenburt zu werfen droht.

Die Habilitationsschrift über die prozessualische Konsumption behandelt eine Frage, welche für das klassische Recht eine nie endende Bedeutung hat, und es ist die Wahl des Themas in mehrfacher Hinsicht bezeichnend: Mit einem neuen Gedanken in die Wissenschaft sich einführend (was Bekker auch später als das für den Anfänger Beste bezeichnet hat), dieser Gedanke leicht zu verstehen und in kurze Worte zu fassen; Streitschrift, gerichtet gegen den Meister des römischen Zivilprozesses, den Dekan, unter dem er promoviert hat; gewidmet an Savigny, den er, obwohl langjährigen Kollegen seines Vaters, persönlich noch nicht kennengelernt hat; Inhalt und Form von Brinz, dem sieben Jahre Älteren, in dessen Pandektenbuch also gekennzeichnet: „Bekker, der, was man bei seinem Stil nicht glauben sollte, der ganzen Lehre ihre einfache natürliche Grundlage zurückgegeben hat." Man darf wohl heute im Rückblick auf Bekkers gesamte Tätigkeit sagen, daß sie sich in diesem Erstlingswerke programmatisch alsc darstellt: prüfen wir an den Quellen, ob der konstruktive Gedanke der Wirklichkeit des Materials entspricht. In diesem Streben liegt vielerlei: auch das Recht ist ein „flüssiges Element", die Rechtswissenschaft ein kompliziertes Gebilde, und ein reiner Erfolg, eine dauernde Wahrheit ist ihr nur in den Positionen zugänglich, die sie mit andern Wissenschaften in Gemeinbesitz hat. Als praktische Wissenschaft ist sie, wie die Politik, auf Kompromisse angewiesen, und wenn Bekker noch in seinem Alterswerke der Grundbegriffe gern davon spricht, daß im Leben und in der Geschichte Ordnung und Bewegung ab-

wechseln, so muß in der Gedankenwelt des Juristen begrifflicher Aufbau geleistet werden und an den Erfordernissen der Wirklichkeit zusammenbrechen, um neuen Gedankengebäuden Platz zu machen; da ist denn eine Kraft, die den Stoß wagt, heilsam, ja notwendig in einer Zeit wie die Savignys war. Dem Problem der Konsumption hat Bekker allezeit bedeutende Wichtigkeit beigemessen und auch Einzelausführungen über dieselbe seine Aufmerksamkeit gewidmet; dem Prinzip aber, den konstruktiven Aufbau, der, von den Führern errichtet, von der Masse benutzt wird, auf seine Tragfähigkeit zu untersuchen und eventuell niederzulegen, ist er auch weiterhin gefolgt. Man kann sagen, daß er abtastet, um die Einbruchsstelle zu erspähen, bevor er von diesem Punkte aus wirklich das Gebäude umzustürzen sich zutraut: ist euer Bau in Ordnung, so muß auch dies sein, dies aber ist nicht, ergo —.

Schon die prozessualische Konsumption richtete sich insofern auch gegen Savigny, als dieser bereits die Bekkersche Grundlage neben der Kellerschen hat (Brinz), also die Kellersche Konstruktion angenommen hatte. Bekker aber verwirft diese vollständig und gibt später nur Ausnahmen zu. Er sagt: einmal für allemal ist genug und eines Zwangs, richterliche Erkenntnisse als Wahrheit anzuerkennen, bedürfen wir nicht. In der Anzeige von Windscheids Pandekten und in dem eigenen „Pandektenrecht“ greift er das ganze große Gebäude der Savignyschen Willenstheorie an; Durchbruchsstelle (im Pandektenrecht) die Mental-Reservation: Ist der Wille die Substanz, der der Rechtserfolg entstammt, so kann, da er hier fehlt, auch kein Rechtserfolg eintreten. Nun ist aber unbestritten, daß er eintritt, folglich fällt das Willensdogma. Der Erfolg hat Bekker recht gegeben: die gemeinrechtliche Theorie kam ins Wanken, und das Bürgerliche Gesetzbuch schwört zwar sowenig auf die Erklärungstheorie wie auf das Willensdogma, aber eben in seinem entsagenden Eklektizismus ist es Savigny untreu. In dem Spezialpunkte, in dem Bekker in der Windscheid-Anzeige Savignys Lehre bekämpft, dem Irrtum, ist das Gesetz, schonend für Savigny und äußerlich auf ihn verweisend, doch am letzten Ende mehr auf Bekkers Seite ge-

treten, und die Praxis neigt sich mehr zur Bekkerschen Resignation als zur Savignyschen Konstruktion. Seltsam: die Negation dringt hier durch, mehr als das Gesetz, schwächlich und unzureichend in diesem Falle, es gewünscht hatte; und schließlich ist das Ergebnis, daß dem Thema, dem die Wissenschaft so viel Nachdenken und Wettkampf gewidmet hatte, Anwendung in der Praxis um dessentwillen karg zugemessen scheint, weil die Subtilität unter die Bewußtseinsschwelle des praktischen Lebens fällt.

Aber noch ehe die Hallenser Beziehungen durch den Greifswalder Ruf gelöst wurden, tritt ein Ereignis ein, welches der Bekkerschen Arbeit zunächst eine andere Richtung gibt. Es ist nicht selten, daß die Sorge für die Vollständigkeit des Lehrplans an einer Fakultät einzelne Dozenten zeitweise auch in fremde Gebiete verschlägt. Der Zufall kann es mit sich bringen, daß ein Forscher also auf das Fach hingeführt wird, darin Meister zu werden er bestimmt ist; es kann die Diversion auch eine Episode bleiben. Bekker hatte Strafrecht zu lesen, blieb Romanist, vertiefte sich aber in die allgemeinen Probleme des Strafrechts, ließ, 1859 seit zwei Jahren in Greifswald, nun des strafrechtlichen Lehramtes ledig geworden, einen ersten Band „Theorie des gemeinen deutschen Strafrechts" erscheinen. „Auch ich bin zuerst durch kriminalistische Untersuchungen zur Erforschung der innern Struktur der Handlung gedrängt worden." Im Strafrecht fehlte mit der ratio scripta der römischen Grundlage — denn die Zitate aus den römischen Quellen sind doch mehr ornamental — die philologische Basis. Hier mußte der Gedanke in sich selbst spielen, eingeschränkt nicht durch Gesetz, sondern durch die Praxis und reguliert durch einen Haufen von Partikulargesetzen, die sich durch ihre Verschiedenheit bekämpfen. So führt der Kampf gegen andere Theorien zur Skepsis auch gegen eigene Feststellungen, und es ergab sich jener Gegensatz zwischen dem, was gesetzt wird, und also auch anders gesetzt werden könnte, und jenem, was aus dem Gesetzten unwiderleglich folgt. Es mochte wohl hieraus sich jener mit den Jahren gewachsene Widerwille gegen das Naturrecht, eben wie die bei aller Verwerfung der Begriffsjurisprudenz Bekker eigen-

tümliche und als ein ihm besonders am Herzen liegendes Feld anerkannte Pflege der Begriffe erklären. Was Bekker hier über Schuld, Wissen und Wollen gelehrt hat, dürfte in das Gemeingut der Strafrechtslehre eingegangen sein; die Verknüpfung sprachlicher Erklärung von Absicht und Vorsatz mit deren juristischem Werte liest sich überaus schön. Die Fülle lebenswahrer Beispiele fesselt in diesem Buche ebenso wie die mannhafte Erklärung gegen die Einschränkung der Notwehr.

Als Lehrer wie als Gelehrter tritt also Bekker in Greifswald in den Kreis der Romanisten zurück; hatte er doch im Jahre 1857 mit seinem gleichaltrigen Freunde Theodor Muther das Jahrbuch des gemeinen Rechtes gegründet, eine Zeitschrift, die von sachkundiger Seite überaus hochgestellt wurde und zu der von vornherein die ersten Namen sich mit Beiträgen zur Verfügung stellten: Jakob Grimm, Keller, Rudorff, Bruns und Theodor Mommsen, den Bekker im Sprechzimmer des Ministeriums kennengelernt und von dem er sogleich den persönlichen Eindruck fürs ganze Leben empfangen hatte. 1863 ging die Zeitschrift ein — es hatte sich 1861 die Zeitschrift für Rechtsgeschichte aufgetan, der auch Bruns die Abhandlung über das Constitutum debiti zubrachte. Bekker wurde dann Mitherausgeber der Kritischen Vierteljahrsschrift. In Greifswald gab sich Bekker der Sorge für die Zeitschrift, den Beiträgen für diese und Rezensionen hin: vor Jahrzehnten nannte er sich einmal den, der wohl am meisten angezeigt hatte. Seine Anzeigen haben nicht die vernichtende Schärfe mancher Mommsenschen oder die Ungeschminktheit Brunsscher Verwerfung; eine joviale Freundlichkeit läßt den Angriff nur um so stärker empfinden; freundliches Nachrechnen liefert eine Art Gegenbau, und das Werk des Rezensierten steht verlassen. So hat er durch verneinende Rezensionen nachhaltigen Einfluß geübt, durch anerkennende noch in späten Jahren entscheidend gefördert. Er war in Greifswald Windscheids Nachfolger geworden und wurde es wiederum in Heidelberg. Dazwischen liegt eine Anzeige von Windscheids Pandekten, von der Bekker selber meinte, daß er Windscheids Werk darin nicht allzu zart habe fortkommen lassen. Es ist vielleicht nicht zuviel gesagt, daß

sich in dieser Anzeige bereits das „Pandektenrecht“ ankündigt; sicher ist, daß die Anzeige bereits den Ansatz zu den Aktionen enthält.

So steht Bekker in Greifswald mitten inne im romanistischen Schaffen der Zeit, aber er begnügt sich nicht damit: im Jahre 1867 geht von ihm ein Büchlein aus: die Reform des Hypothekenwesens als Aufgabe des Norddeutschen Bundes. Gelegenheitsschriften hat Bekker einmal seine Bücher genannt; das Hypothekenwerk hat wohl drei Entstehungsursachen: daß die Familie im Jahre 1848 ihr in Berlin in Hypotheken angelegtes Vermögen verloren, erzählt Bekker in den Erinnerungen an seinen Vater; seine vielfachen Beziehungen zu pommerschen Grundbesitzern ließen ihn weitere Blicke in Recht und Wirtschaft des Grundbesitzes tun; und endlich däuchte ihm, „daß die politischen und militärischen Erfolge, die von Preußen im Laufe des Vorjahres errungen waren, einen Überschuß gehobener Kraft zurückgelassen hätten, und daher die Übel leichter zu ertragen seien, die mit jeder größeren Änderung der Rechts- und Kreditverhältnisse stets verknüpft sind‘. Neu erschien ihm an seinem Buche nicht sowohl die Kombination von Institutionen, die einzeln alle schon ihre Verwirklichung gefunden haben, sondern der Versuch, die Hypothekenreform auszudenken für ein ausgedehnteres Gebiet als früher in Betracht kommen konnte. Er verlangt, „daß den norddeutschen Grundschulden der Weltmarkt eröffnet werde“. Inhaberpapiere für Grundschulden scheinen ihm das beste Mittel für diesen Zweck; unentbehrlich ein zwischen den Grundbesitzern und den Kapitalisten in der Mitte stehendes Institut, um diese Grundschulden auf den Weltmarkt zu bringen — am besten ohne Zwischenhändler. Das Buch hat auch in der Nationalökonomie (bei Knies) Anerkennung gefunden. Grundschulden haben wir jetzt — beliebt sind sie nicht — und die übrigen Vorschläge hat der Verkehr bis jetzt nicht in die Tat umgesetzt.

Aber der Greifswalder Aufenthalt währt lange genug, um Bekker Gelegenheit zu geben, auch mit einem Buche über römisches Recht hervorzutreten. Denn 17 Jahre hat

Bekker, nachdem ihm im Jahre 1857, wie es scheint, die Wahl zwischen mehreren Universitäten zugestanden, in Greifswald verbracht, ohne einen Ruf abzulehnen. Greifswald war der hohen Aufgabe der kleinen Universitäten treu, junge Talente unter den Gelehrten aufzuspüren, zu berufen und sie durch ihresgleichen zu ersetzen, und Bekker erzählt in der 1886er Festchronik: „In der Fakultät fanden sich liebe und verträgliche Kollegen zusammen, besonders anregend aber wurde der Verkehr mit den Philologen, von denen viele der allertüchtigsten durch Greifswald wenigstens hindurchgegangen sind, Usener, Michaelis, Bücheler, Studemund, Rudolf Schöll, dann war ich auch mit Kießling zusammen und mit Wellhausen, der wenigstens den Sprachforschern im weiteren Sinne zuzuzählen ist, leider nicht mehr mit Wilamowitz." In der Fakultät fand er ja auch Beseler vor, der dann nach Berlin ging, und berief sich Alfred Pernice als Kollegen. Immerhin wäre er ohne den Zufall, daß seine Kandidatur zum Abgeordnetenhause durch einen ihm befreundeten Gutsbesitzer hintertrieben wurde, aus einem Professor ein ausübender Politiker geworden.

Aber in der Fakultät waren einmal nur acht Zuhörer „und auch die nur auf dem Papier". Er erzählte, im Winter einmal drei Pandektenhörer gehabt und mit Verwunderung es bemerkt zu haben, daß nicht alle drei, sondern abwechselnd A. B., A. C. und B. C. erschienen; übrigens gehörte zu den Zuhörern eines Semesters stud. Bernhard von Bülow, der als Fürst Bülow in den Sprüchen für die Berliner Universität 1910 Bekkers geistvoller Vorträge gedenkt.

Inmittels wird Bonn frei („glaubte den Ruf sicher in der Hand zu haben"), und Stintzing erhält die Stelle; nach Halle kommt Dernburg, nach München Brinz, nach Straßburg auf Jherings und Windscheids Ablehnung Koeppen, Berlin wird durch Rudorffs Tod frei und den Ruf erhält schließlich Dernburg; da kommt Windscheid von Heidelberg nach Leipzig, und Fakultät wie Ministerium (den gelehrtesten unter den Pandektisten Deutschlands hatte Windscheid in einem Briefe an den Minister Jolly [nach Mitteilung und mit Erlaubnis von dessen Herrn Sohn] ihn genannt), sind für ihn und

also kommt Bekker, die Kampfnatur, in das idyllische Neckarstädtchen Heidelberg und nicht nach Berlin „in die Nähe von Mommsen und in die Akademie“ (wie er den Berliner Ruf von Pernice im Nachruf auf diesen skizziert). Denn Mommsen war für Bekker hors ligne: wer wollte leugnen, daß Bekker überwiegend kritisch, ja skeptisch veranlagt war; er hat an berühmten Toten eben wie an Lebenden ungewöhnlich offen Mängel in deren Leistungen hervorgehoben, und seine Beurteilung etwa der romanistisch-historischen Schule (Homeyer kommt besser fort) und der Schulhäupter beginnend mit Savigny, zeigt durchaus mehr kühle Anerkennung des Geleisteten, als rückhaltloses Bejahen der Gesamtart: „. . . . den Rechten anderer Völker, die weder Romanen noch Germanen gewesen, und dem Fortwachsen des rezipierten römischen Rechts in der deutschen Übung stehen Savigny und seine nächsten Getreuen nicht einfach gleichgültig gegenüber, vielmehr scheint ihr Verhalten von krankhafter Antipathie diktiert“; und obwohl er gelegentlich von Savignys „unsterblichen Verdiensten“ spricht, betont er oftmals, daß Savigny doch noch ein gutes Stück im Naturrecht steckengeblieben ist, einmal mit der graziösen Wendung: „daß Savigny auch nicht unter Savigny studiert hat“; über Puchta und Keller vollends urteilt er in „Ernst und Scherz“ mit erstaunlicher Kälte. Aber wenn er ebenda von Mommsen spricht, da ist er Flamme, Bewunderung, ja nicht frei von Beschämung: „nicht unbedenklich zu sehen, wie viele dieser neuesten korrekt wissenschaftlichen Bestrebungen auf einen und denselben Mann als ihren Urquell zurücklaufen (wenn der eine als Kind verunglückt wäre, wie anders sähe es bei uns aus)“. Und in Briefen nach Mommsens Tode: „Mommsen war der geistig bedeutendste Mensch, mit dem ich verkehrt habe; Bunsen stand viel niedriger, und mit Bismarck habe ich nicht eigentlich verkehrt, bei unseren Berührungen kam nicht viel mehr als der kleine Finger des großen Mannes zum Vorschein. Verkehrt habe ich mit Mommsen erst seit 86, bis dahin hatte er an meinen politischen Überzeugungen zuviel zu verdauen.“ „Mommsen und Bismarck mit der Cäsar-Elle gemessen, bleibt ein

Problem; Demokraten von Herzen waren alle drei nicht; kann sein, daß C. darüber am klarsten gesehen und M. am dunkelsten; er war eben ein Deutscher und früh in verstumpfendes Fraktionswesen hineingerissen.“ In der Art wie Ernst Immanuel Bekker den Degen senkt vor Theodor Mommsen, dem Gelehrten, liegt die Probe auf den Charakter; leicht ist es einer solchen Natur nicht geworden, die eigene Unterlegenheit glatt anzuerkennen; aber hier scheidet sich der selbstbewußte Kritiker vom bitteren Nörgler, und Bekkers Kritik ist gerettet. Vieles Individuelle ist zusammengekommen, dies Bild grade bei Bekker hervorzurufen, die Anerkennung Mommsens für den Vater — vielleicht hatte Mommsen diesen bei der Begründung des Corpus inscriptionum latinarum kennengelernt —; die Kunst „fertig zu machen“; die Vereinigung von Jurisprudenz und Philologie, die Bruns an Mommsen rühmt, denn sie ist eben wie die Vereinigung von schriftstellerischem Geist und Editorenkunst auch eine Vereinigung von Bekker Sohn und Bekker Vater. Nicht daß er alles blind bewundert hätte: beispielsweise machte er aus seinen Bedenken gegen die Interpunktion in Mommsens Pandekten-Ausgabe kein Hehl; er hatte eben die Eigenart der Interpunktion schätzen gelernt durch den Vater, von dem Haupt rühmte, er habe jeden edierten Autor anders interpungiert. Und er hat in dieser Zeitschrift kundgetan, daß er über den Wert der Interpolationenforschung wesentlich anders denke als Mommsen. Die Sympathie war seit 1886 gegenseitig: „der Heidelberger Bekker“ sagte Mommsen im Tone gründlich unterscheidender und ehrlich hochhaltender Anerkennung, wohl auch: „das ist ein Philologe!“ — Bekker selbst hätte sich lieber à la suite der Philosophie gestellt. Seit 1886 nun sehen sich Mommsen und Bekker in Heidelberg und Berlin des öfteren, und der Gastfreund Karl Zangemeister verliest zu Bekkers siebzigstem Geburtstage ein Distichenpoem von Theodor Mommsen, welches in die Worte verläuft: „Der Epaulett und Talar verstanden mit Ehren zu tragen; Welcher, kundig des Rechts, dennoch Lateinisch versteht; Ihn, des Schweigenden Sohn und wert des herrlichen Vaters,

Tapfer und klug und beredt, aber den Freunden ein Freund.“

Oft hat Bekker mit Rührung erzählt, wie er im Oktober 1903 in Berlin mit Mommsen Hand in Hand gesessen — der Abschied. — Die Rechtsbeflissenen in Mommsens inschriftliche Wissenschaft einführen, „das geht hier nicht“, sagte Bekker; er habe es in der ersten Zeit vergeblich versucht. Auch läßt der beständige Hinweis auf die wissenschaftlichen Hilfswerke, die den Juristen fehlen, ein Hinweis, dem doch nicht der Versuch folgte, Derartiges herstellen zu lassen, wohl ahnen, welche Aufgaben Bekker einer Akademie gestellt haben würde.

Außer zu Mommsen, Bruns und Jhering hat Bekker ein nahes Verhältnis zu Brinz gehabt, von dem er wohl meinte, in späteren Jahrhunderten, wenn andere Pandekten-Lehrbücher vergessen sein würden, werden Brinzens noch gelesen werden. Über sein Verhältnis zu Pernice hat Bekker in dem Nachruf auf ihn sich geäußert, — vielleicht der wärmste Nachruf ist der auf Hugo Böhlau.

Bekker also verließ Greifswald 1874 nach 17 jähriger Tätigkeit. So ist Jhering 14 Jahre in Gießen geblieben. Bekker wie Jhering sind dazu gekommen, sich immer mehr auf sich selbst zu stellen. Es ist kein Zufall, daß während der Gießener Zeit Jhering die anonymen Spöttereien geschrieben hat, die dann in „Scherz und Ernst“ unter seinem Namen neu erschienen sind, und daß Bekker während der Greifswalder im anonymen „Allerlei“ seinen Reformvorschlägen eine gar offenherzige Darstellung der Standesusancen voranschickt. Wiederum kein Zufall, daß, nachdem „wir uns senes ambo gefunden“, zu den Quinquagenarien des schon zum Scheiden geweihten Jhering eben Bekker jenes Buch „Ernst und Scherz“ ausgehen läßt, welches, hervorgegangen aus dem Terenz-Plautus-Aufsatz über Costa, ihm so manche — ihm gleichgiltige — Anfeindung gebracht hat. Es ist dies Buch in der Tat eine Plauderei mit Jhering, der ja auch im Fortgang des Werkes immer und immer wieder angeredet wird, man könnte es olympische Gespräche nennen, und jetzt nachdem auch Bekker von uns

gegangen, erscheint es in neuer Beleuchtung: Was man als Memoiren letztwillig zu empfangen gewöhnt ist, wird hier inter vivos, adressiert, vorgeführt; eine herbe, mit anderem Maße als die Zeitgenossen messende Beurteilung der Rechtswissenschaft und Praxis des 19. Jahrhunderts; geflissentlich rühmend Stintzing und Demelius, anerkannte Größen auf die Grenzen ihres Könnens und mehr noch ihres Tuns prüfend, von erstaunlichem Weitblick und seltener Allgemeinbildung. Die Meister der romanistischen Schule, Germanisten, Kriminalisten und wer nicht alles noch passiert die Reihe, und mit tiefem Selbstverstehen schreibt Bekker sich die Rolle des Rhadamantys zu, indem er aus Jherings heiterem Begriffshimmel die Begriffshölle machen will. Sanguinischen Humoristen nennt er Jhering, während er sich selbst einen pedantischen Choleriker zu nennen, hier wie sonst, nicht müde wird. In diesem Unterschiede des Temperaments liegt der Grund, aus dem Jherings Spott so viel leichter hingenommen wurde als Bekkers Bitterkeit.

1874 nun kommt Bekker nach Heidelberg. Ein Idyll war es damals freilich nur in landschaftlicher Hinsicht. Heidelberg machte damals den Studenten noch ohne rechte Nebenbuhlerin die Honneurs der Rheinlande, und so war die Professorengemeinschaft in sich gespalten; in der Fakultät standen sich drei gegen drei gegenüber, so daß „die entscheidende Stimme im Kriegsrat" mit dem Dekanat zu wechseln pflegte. Das Jahr 1884 bringt durch Personenwechsel und ein siebentes Ordinariat den Fakultätsfrieden, in der Universität aber 1886 den Erfolg, daß zum Jubiläumsrektor nicht der Philosoph wiedergewählt, sondern mit entschiedener Mehrheit der Pandektist erkoren wird, ein Ereignis, das im deutschen Westen Aufsehen erregte. Aber wer es dem Pandektisten, der dem großen Publikum fernstand, nicht zugetraut hatte, wurde bald eines Besseren belehrt: zwar daß Bekker die geschäftlichen Angelegenheiten, unter anderm auch im Zusammenwirken mit der Stadt, tadellos abwickelte, erschien als beim Juristen naturgemäß; aber seine Ansprachen, die Reden, mit denen er die Ansprachen anderer beim Feste erwiderte — nicht vorhergesehene Anordnung nötigte ihn, gerade die Worte an die fürstlichen

Herren zu improvisieren —, ließen bald die Kritik verstummen; die große Festrede war dem überstimmten Gegner überlassen worden. Bekker selbst hat außer ernsteren Dingen gern erzählt, daß es ihm gelungen, unter dem Eindrucke der im Nebenzimmer knallenden Champagnerpfropfen die im engen heißen Raum zusammengedrängten Deputierten zu rascher Einigung über die Frage zu bringen, wer von ihnen als Redner auftreten solle. Mir ist noch in Erinnerung die Ansprache, mit der er in der Heiliggeistkirche die Ehrenpromotionen durch die Dekane einleitete: die Ehrenpromotionen Gegengabe für die vielen Geschenke an die Universität: — „von der Kette, die ich trage" —. Auch sehe ich ihn noch bei dem Kommers an jener Ehrentafel, die mit Chargierten als Ehrenwache inmitten der Tische für die Ehrengäste den durchlauchtigsten Rector Magnificentissimus, den Prorektor und von den Geladenen aller Auserlesenen Auslese vereinte; noch sehe ich es, wie der Landesherr mit gütigem Lächeln die ritterlich freie Art anerkannte, mit welcher sein geistvoller Prorektor ihm aufwartete, bis dann die Versammlung sich erhob, um den Rector Magnificentissimus von der Estrade sprechen zu hören, dem als Redner der studentische Präses und der Prorector magnificus folgten.

Bekker aber hat im Jahre 1886 zugleich den ersten Band seiner Pandekten ausgehen lassen, „ein Stück der größten Arbeit meines Lebens".

In der Gesellschaft Heidelbergs hat Bekker eine dominierende Stellung eingenommen; in seinem Hause war mit dem feinsten Verständnis für die leiblichen Freuden der Tafel Geistreichtum und Zartgefühl verbunden; die vornehme Führung des Haushaltes bedrückte nicht, sondern erhob; die Auswahl der Gäste, die Ordnung ihrer Plätze und die Anbahnung der Gespräche war von Verständnis und Wohlwollen getragen. Wie bei Jhering und anderen ausgezeichneten Gelehrten war bei Bekker der wissenschaftliche Feinsinn mit Sinnesfeinheit für kulinarische Genüsse vereint; welche Freude, wenn ein feinzungiger Gast die Marke des Rotweins oder von einer ganz absonderlichen Bacchusgabe doch wenigstens das Ursprungsland erriet; welche Ge-

hobenheit aber auch, wenn ein Tafelgenosse, durch ungeahnten Toast Bekkers vorgefordert, schlagfertig erwiderte, oder von fremder Wissenschaft neues vorgebracht wurde und lohnende Würdigung fand. Noch im höchsten Alter pflegte ja Bekker nach aufgehobener Tafel mit Philosophen, Soziologen, Chemikern, Physikern im ernsten Gespräch über deren Wissenschaft und über allgemeine Geistesprobleme zu verweilen. Denn wie er in der Jugend vielseitige Geistesbildung genossen, so trieb es ihn im Alter wie in der eigenen Wissenschaft von den Einzelheiten zum großen Ganzen, so von der einzelnen Wissenschaft zum gemeinsamen Untergrunde derselben. Er hat sich in philosophischen Abhandlungen versucht und naturwissenschaftliche Betrachtungen eingeflochten: „Breite deine Wurzeln aus", dies Wort von Lichtenberg paßt auf Bekker; seine Abhandlung in der Berliner Akademie und mehr noch die späteren Aufsätze für die Heidelberger Akademie gehen über das bloß Rechtsphilosophische hinaus.

Als Bekker nach Heidelberg kam, war er romanistisch der Verfasser der Actionen; dieses Werk, dessen zweiter Band nach der Berliner Entscheidung erschienen war, nimmt in Bekkers eigenen Augen eine Sonderstellung unter seinen Büchern ein. „Doch warum habe ich selber die Sachen, die ich gründlich vorbereitet hatte, ungeschrieben gelassen? ausgenommen höchstens die Aktionen, die aber doch auch nur Teil eines nicht zustande gekommenen Ganzen sind." Magna voluisse nec satis est nec nihil schrieb er einst für seinen Grabstein. Das Werk ist im Laufe der Jahre erwachsen aus dem Gegensatz gegen Windscheids Anspruch — actio Theorie und benutzt den Ausdruck „Anspruch" nicht wie Windscheid, um eine Transposition der actio zu bezeichnen, vielmehr sind ihm actio und Anspruch zwei verschiedene Begriffe, so verschieden wie praetor und judex. Actio und id ipsum de quo agitur, actio Rechtsmittel, Anspruch der Zweck oder Gegenstand: „Im Anfang war die Tat." Es entspricht Bekkers Sinn für Realitäten, das Machtmittel in den Vordergrund zu stellen, ohne welches der schönste Anspruch nichts nützt, ein Gedanke, so groß wie fruchtbar, und so wie es ihm namentlich für das öffentliche Recht eine

erfreuliche Vorstellung war: „Recht ist ja ganz schön, aber — wo der imponierende Kerl ist!“, so behagen ihm wohl auch in Rom die Prätoren, welche die Aktionen „unter Verschluß halten“ und deren Stellung es zu verdanken war, daß in Rom auch nicht einmal das Recht selbst über juristische Zwirnsfäden stolperte. Wiederum gab ihm die historisch-systematische Darstellung Raum, den Gegensatz zwischen römischer und moderner Auffassung dem Leser lebendig zu erhalten. Die Art seiner Arbeit hat er in dem Nachruf auf Pernice „Grobschmiedekunst“, den Labeo „Filigranarbeit“ genannt. Für ein so in großen — wenn auch nicht groben Zügen („den Wald, nicht die Bäume“) darstellendes Werk war eine Arbeit wie Schmidts Interdikte „Vorarbeit“. Für die meisten Kapitel fehlten naturgemäß gleich wertvolle Subsidien. Die Aktionen selbst sollten Vorarbeit für das Obligationenrecht sein: denn der Gegensatz von Müssen und Sollen hebt sich in Bekkers Theorie alsbald heraus. Hervorgehoben sei die Heranziehung der alten Komödiendichter: Bekker nimmt an, daß Plautus (der „Gamin de Rome“) und Terenz wirkliches römisches Recht voraussetzen — gegenwärtig ist die Frage streitig.

In Heidelberg folgen nach den Jahren der Eingewöhnung zwei Werke fast gleichzeitig: das moderne über Couponprozesse, dem internationalen Privatrecht zugewandt, und das romanistische über den Besitz, Bluntschli gewidmet und, aus Anlaß von dessen Jubiläum, so rasch geschrieben, daß sich bei währendem Drucke, wie Bekker selbst mehrmals öffentlich betont hat, die Ansichten des Verfassers verschoben haben. Einen „Summenstrich“ hat Bekker dies Werk genannt und er sollte damit nicht bloß für die Besitzlehre recht behalten; in diesem Buche geht die Bekkersche Kritik auf die römischen Juristen selbst los, denen sie gelegentlich böse Verwirrung vorwirft. Aber hier ruft es ihm zu: „töte, was sterblich ist“. Nicht Kritik der alten Römer forderte die Zeit, sondern Kritik der Überlieferung von deren Werken. Wenige Jahre nach 1880 erscheint die kritische Rekonstruktion des Ediktes, an welcher die Romanistik nicht wie an Rudorffs — „Vorarbeit großen Stiles“ nennt sie Lenel — vorbeigehen konnte; die Kritik der Pan-

dektenüberlieferung setzt ein. Wie Bekker hierauf reagiert, zeugt von seiner großen Natur. Selbst mitzuarbeiten hinderten ihn Augen und Jahre; zu klug, die neue Anforderung zu verkennen, erhaben über die Empfindung, bekämpfen zu sollen, was er selbst nicht mitmachte, begleitet er die neuen Bestrebungen mit Anerkennung und methodischen Ratschlägen („usuelle" und „Legalinterpolationen" unterscheidet er vorahnend, und hierhin gehört es wohl auch, daß er von Uhland gern erzählte: der König Karl am Steuer stand — er lenkte das Schiff mit fester Hand — statt der überlieferten letzten Fassung: saß — Maß); er selbst sucht sich ein anderes Arbeitsgebiet und schreitet zu dem System des heutigen Pandektenrechtes. So wie er in der Dissertation äußerlich (durch zweispaltige Anmerkungen und das System der Beilagen) sich an Savignys Aufmachung angeschlossen hatte, so ist der Titel hier dem Savignyschen nachgebildet. „Pandekten" statt „Römisch" soll die Begrenzung verschärfen, auch wohl den Kontrast mildern. Es ist nicht einmal der ganze allgemeine Teil erschienen, „mit solchen Augen", sagte Bekker resigniert auf die Frage nach etwaiger Fortsetzung. Aber das Wesentliche war auch hier gar nicht, den ganzen Stoff darzustellen, sondern die Bedürfnisse der Zeit methodisch darzulegen. Studien zum kommenden Gesetzbuche auf der Grundlage der heutigen Praxis unter Verwertung der Denkarbeit von Roms Juristen, das ist es, was in diesen Pandekten liegt; auch hier der Grundzug: Warnung vor den Illusionen des Glaubens, eigene Konstruktionen seien geltendes Recht; der menschliche Gedanke waltet wohl auf dem Gebiet der Systematik, der Einordnung, Spaltung, Angleichung der Begriffe; wohl kann er die Lehre wie die Praxis adeln durch klare Zusammenfassung der Erscheinungen — für die Entscheidung der Fragen fügt er sich dem, was da ist. Bezeichnend unter vielem ist die Behandlung der Verschollenheit. Hier hat Bruns, der die werdende Abhandlung mit Bekker auf Spaziergängen besprach, diesen darüber aufgeklärt, daß die Praxis der Jahrhunderte in Deutschland Bekkers aprioristische Deduktionen nicht wahr mache. Das war entscheidend für dessen nie erschütterte methodische Stellungnahme im Großen, und

in den Pandekten weist er mit der ihm eigentümlichen graziösen Energie darauf hin, daß in den beiden großen Kontroversen dieser Materie jede einzelne Stellungnahme durchaus möglich sei, daß keine Bejahung zu einer weiteren Bejahung dränge und alles darauf ankomme, was dann auf diesem gesetzlich nicht eingeengten Gebiete Praxis, vielleicht was hier oder jetzt, da oder dann Praxis sei.

Es hat Bekker ferngelegen, eine Beziehung im Sinne der Schlüsselromane zu liefern, als er schrieb: „nur ein einziger mit großem, geradezu erstaunlichem Erfolge; noch immer stehen Donelli Commentarii de iure civili in mancher Beziehung unübertroffen da; und wie tief Donellus in den wahren Sinn des römischen Rechts eingedrungen, hat erst das letzte Jahrhundert begriffen“. Aber wenn man sich fragt, welches Los er seinen Pandekten wünschte, so möchte die richtige Antwort wohl sein: das der Commentarii des Donellus.

Für das reine Römische Recht hat Bekker sich seitdem auf Abhandlungen zumeist in der Savignystiftung (Mitherausgeber seit Bruns' Tode) beschränkt, selten auf Einzelheiten eingehend, vielmehr darauf bedacht, zur Wahrung großer Gesichtspunkte zu mahnen. In der Tat, wer wie Bekker durch tiefes Eindringen auch nur in eine einzige Stelle einer herrschenden Meinung ein Paroli zu bieten liebte, mußte bedenklich werden, als den neuen Methoden zuzutrauen war, daß sie als Opfer nicht die alte Meinung, sondern die eine Stelle fordern würden. Dagegen nimmt Bekker, obwohl schon Sexagenar, die Kritik des Entwurfes energisch in die Hand, in seinen und Fischers Beiträgen bearbeitet er System und Sprache, im übrigen zieht ihn namentlich das Besitzrecht an, vielleicht in Fortwirkung seines romanistischen Buches. Das Gesetzbuch selbst gibt ihm Veranlassung, sich zu äußern; Schlagworte, die er bildet, werden wohl Gemeingut.

Von Bekker als Lehrer kann ich persönlich nur aus Übungen berichten, an denen ich im Sommer 1878 teilnahm; in das kleine Auditorium, das aber für die Zahl gut ausreichte, trat zu uns ein schlanker Herr: sehr elegante Be-

wegungen, feurige lichtblaue Augen, blauschwarzes in der Mitte gescheiteltes Haar, breite, mächtig gewölbte Stirne, scharfe, geradlinige Züge, im Auftreten seltene Mischung von weltmännischer Verbindlichkeit und überlegener Haltung. — Abwechselnd jede Übung ein praktischer Fall und eine Pandektenstelle; beim ersten Falle, der von einer Anzugslieferung handelte, exemplifiziert er zum großen Behagen derer, die Berlin kannten, auf eine Hugenottenvorstellung mit Niemann und der Mallinger, und gibt zum Schlusse zu, daß der Fall nicht nur eine quaestio facti, sondern deren mehrere enthalte; bei der Lex 49 Mandati deutet er zum Schluß an, wer sehr gescheit sei, könne auch daran denken, daß im klassischen Rom die Eigentumsübertragung an die mancipatio geknüpft sei: also Interpretatio duplex in bester Form. Von einem Hörer aus seiner frühesten Heidelberger Zeit erfahre ich, daß anfangs die großen Anforderungen, die er an die Denklust und Denkkraft der Hörer stellte, es ihm nicht leicht gemacht haben, die Heidelberger Dupondii an sich zu fesseln; doch gelang es ihm durch das Medium des Römischen Zivilprozesses; hat er es doch auch in Wort und Schrift theoretisch verfochten, daß Unterricht wie Prüfung nimmermehr darauf ausgehen dürfen, durch Gedächtnis-Überfüllung die Spannkraft zu mindern, sondern die Denkkraft zu fördern sei, wo Ansatz zu einer solchen vorhanden. Auch in Heidelberg konnte er Massenwirkung nur auf die ersten Semester üben, „aber stets hat die Schule großer Lehrer weiter gereicht als ihr gesprochenes Wort“ (Bekker an Savigny). Bekker insbesondere hat eine Freude daran gefunden, Jünglinge in die akademische Laufbahn zu ziehen (daneben die Verbindung mit den zur Praxis übergegangenen Hörern aufrechtzuerhalten). Mit gleichgesinnten Kollegen Freundschaft zu schließen war ihm Bedürfnis: es lag seiner Persönlichkeit nahe, mit Kavalieren zusammen zu stehen; aber daneben war es ihm erfreulich, solchen ein- und aufzuhelfen, denen Äußerlichkeiten den Weg versperren zu sollen schienen. Hatte er einmal sich entschlossen, so kannte er keine Schwankung oder gar Umkehr. Man spricht von „Treue um Treue“. Bekker hielt Treue um der eigenen Treue willen.

34 Jahre hat Bekker in Heidelberg doziert, davon fallen 10 unter die neue Studienordnung. Doch hat er sich von den neu gesetzten Zwangsübungen ziemlich frei gehalten: „Dazu sind uns Ihre Augen zu schade", habe ihm der von ihm hochgeschätzte Minister Nokk gesagt.

Die Muße der Zurückgezogenheit benutzte er, um ein lang erwogenes Werk, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, niederzuschreiben, welches wie so manches seiner Bücher an einen fremden Aufsatz (Sohms „Gegenstand") anknüpft und in dem er sich dem Walten des Gedankens freier überläßt als in irgendeinem andern Werke. Wie er selbst des Amtes ledig, so ist das Buch ledig der Beziehungnahme auf ein bestimmtes Recht; nur wo es gerade paßt, wird das BGB. für die „Mißgriffe" herangezogen. Ausgegangen wird von den Grundphänomenen der Bewegung und Ordnung — man wird gemahnt an das Goethesche Urphänomen bei Hell und Dunkel —, das schon früher von ihm geschaffene Wort „geistige Realitäten" wird verwendet und begrifflich durchgeführt. Tatbestand und Rechtsfolge werden wieder und wieder erwogen, die Verbände als notwendige Träger, die Kraft und die Grenzen des Rechtes untersucht; in Denker und Forscher hat er die Gelehrten eingeteilt und sich selbst je länger je mehr den ersteren zugesellt. Der zweite Band ist nicht geschrieben worden, sondern in den letzten Jahren sind noch kleine Essays in Zeitschriften und in den Veröffentlichungen der jungen Heidelberger Akademie erschienen.

In ein wissenschaftliches Unternehmen hat Bekker meines Wissens nur einmal eingegriffen. Er überraschte mich eines Tages durch die Mitteilung, er wolle 10000 Mark für das Vocabularium Jurisprudentiae Romanae stiften. Er hat das dann in einem offenen Brief an Kübler (in der Juristenzeitung) getan: „Ihnen, nicht dem Komitee". Es war der Wunsch, der sich wohl aus den Erlebnissen des Vaters erklärt, wie sie der Briefwechsel Schleiermacher-Böckh-Bekker enthüllt, dem Bearbeiter des nutzbringenden Werkes Bewegungsfreiheit zu verschaffen.

In den Vorreden der Bücher namentlich zwischen 66 und 70 finden wir Ausblicke auf die großen politischen Ereignisse, Ausblicke, welche durch den Zweck des Buches nicht gefordert, nur ermöglicht sind: Bekker sagte beim 60jährigen Doktorjubiläum von sich, er sei eigentlich ein political man; durch seinen Freund, den Grafen Karl Bismarck, ins Ministerium gebracht, hatte er, wie oben berichtet, ein halbes Jahr unter Bismarck gearbeitet, und es wäre wohl sein Traum gewesen, durch Landtag oder durch Dezernat wieder zu Bismarck zu gelangen — so wie Roms Juristen auch Staatsmänner waren. Chevalereskes Wesen und Auftreten, Sprachgewandtheit, Schlagfertigkeit, Selbstbeherrschung und Verschwiegenheit verbunden mit Beobachtungsgabe und Selbständigkeit des Urteils hätte er in die politische Laufbahn eingebracht; zu Bismarck aber, dem „großen Mann mit dem weichen Gemüt, der keinen schönen alten Baum fällen sehen konnte", hat er allezeit aufgeblickt und ihm angehangen mit einer Treue, einer Unbedingtheit und Ausschließlichkeit, von der sich die Masse derer, die Deutschland vor Bismarck nicht kannten, kaum eine Vorstellung machen kann.

Nicht daß er darum „die in der ganzen Weltgeschichte ohne Beispiel dastehende bescheidene Großartigkeit des Kaisers" übersehen oder alles gebilligt hätte, was Bismarck tat; über den Berliner Kongreß hatte er seine Bedenken, und, konservativ wie er Zeit seines Lebens war (nur nicht 1909), hat er das allgemeine Wahlrecht immer verurteilt: (aus einem Brief) „warten Sie kleine hundert Jahre, und alle Welt wundert sich, wie Bismarck, unser großer allverehrter Bismarck, so was uns einbrocken konnte. Nun, Bismarck war doch eben auch nur ein Mensch, und es ist mir noch sehr gut erinnerlich, wie mein Freund B." [Graf Karl Bismarck] „auf meine Bedenken mir sagte, sein großer Vetter habe das auch nur getan der kleinen Fürsten wegen, die sollten jetzt tanzen lernen, dazu brauche er die Massen, mit denen er dann schon fertig werden würde. Derselbe Rechenfehler wie beim Kulturkampf: die Linken müssen ja dafür eintreten".

Aber für Bekker war das Vierteljahrhundert seit 1890, politisch genommen, der lendemain von Bismarcks Entlas-

sung; in seiner letzten Publikation sagt er: „Und erinnern wir uns dann eines Mannes im letzten Jahrhundert, vielleicht des größten Politikers, den die Erde überhaupt gesehen. Mäßigung im Erfolge, nach Möglichkeit vermeiden vor allem, was zu bleibender Verbitterung führen müßte, Anerkennung auch des Gegners als eines Gleichstehenden und Hinblick auf eine Zukunft, wo ein festes Bündnis mit ihm auch uns förderlich sein dürfte. Das sind die Gedanken, aus denen Staatenverbände und Staatenrecht wie selbstverständliche Dinge hervorsprießen"; und das letzte Wort von Bedeutung, das ich von ihm gehört, war — wie aus einer Vision — ein Bekenntnis zu Bismarck im Hinblick auf den Weltkrieg; ich deute dieses Wort auf die unerfüllte Sehnsucht, das Jenseits im Diesseits, welches so oft das herbe Kennzeichen eines großen Lebens ist; aber auch darauf deute ich es, daß er, der Offizier war und Professor, Antiquar und Essayist, Gelehrter nicht bloß des Rechts und Praktiker im Recht, der wie eine Renaissance-Figur in dem heutigen Gelehrtenstande sich reckte — daß Ernst Immanuel Bekker in den Herzen derer, die ihm nahe standen, fortleben wollte auch als: ein treuer, deutscher Bewunderer Ottos von Bismarck, — des ersten Anbahners eines wahren Staatenrechtes und vielleicht des größten Politikers, den die Erde getragen.

I.

Δίκη ἐξούλης.

Von

Geh. Rat Prof. Dr. J. H. Lipsius

in Leipzig.

Die Frage nach dem Wesen der *δίκη ἐξούλης*, die in dem attischen Klagerecht eine bedeutsame Stellung einnimmt, hat in den letzten Jahren zwei neue Lösungsversuche hervorgerufen. Einmal in der sehr jugendlichen Dissertation von van Meurs Rechtsgedingen over bepaalte goederen in oud-helleense rechten (Amsterdam 1914), der in ihr eine zentrale Klage sieht, die den Schutz jedes berechtigten Besitzes gegen Störung zur Aufgabe hat, ohne die Untersuchung über die bisher gewonnenen Ergebnisse hinaus zu fördern. Ganz anders geartet ist die Abhandlung von Rabel im vorigen Jahrgang dieser Zeitschrift, nach dem die *δίκη ἐξούλης* eine Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe ist, nicht mehr und nicht weniger. Da ich diese Auffassung für unrichtig halte, achte ich es bei der Wichtigkeit der Frage um so mehr für geboten, mein Urteil zu begründen, als die Frage auch von methodischer Bedeutung ist. Denn ihre Beantwortung hängt zu einem guten Teile von der Bewertung unseres Quellenmaterials ab.

Zum Ausgangspunkt nehme ich darum wieder den Artikel in Harpokrations Lexikon der zehn Redner und muß ihn vollständig hersetzen, da viel darauf ankommt, ihn nach Wortsinn und Zusammenhang richtig zu verstehen.

Ὄνομα δίκης ἣν ἐπάγουσιν οἱ φάσκοντες ἐξείργεσθαι τῶν ἰδίων κατὰ τῶν ἐξειργόντων. εἴρηται μὲν οὖν τοὔνομα ἀπὸ τοῦ ἐξίλλειν ὅ ἐστιν ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν. δικάζονται δὲ ἐξούλης

κἀπὶ τοῖς ἐπιτιμίοις οἱ μὴ ἀπολαμβάνοντες ἐν τῇ προσηκούσῃ προθεσμίᾳ, ὑπερημέρων γιγνομένων τῶν καταδικασθέντων. οἱ δὲ ἁλόντες ἐξούλης καὶ τῷ ἑλόντι ἐδίδοσαν ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν, καὶ τῷ δημοσίῳ κατετίθεσαν τὰ τιμηθέντα.

ἐδικάζετο δὲ ἐξούλης καὶ ὁ χρήστης κατέχειν ἐπιχειρῶν χρῆμα τοῦ χρεωστοῦντος καὶ κωλυόμενος ὑπό τινος. καὶ ἐπεργασίας δέ τις εἰ εἴργοιτο, δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι πρὸς τὸν εἴργοντα ἐξούλης. καὶ περὶ ἀνδραπόδου δὲ καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι.

ταῦτα δὲ σαφῶς Ἰσαῖος διδάσκει καὶ Λυσίας ἐν τῷ κατὰ Στρατοκλέους ἐξούλης. Δείναρχος μέντοι ἐν τῇ Κροκωνιδῶν διαδικασίᾳ ἰδίως κέχρηται τῷ τῆς ἐξούλης ὀνόματι ἐπὶ τῆς ἱερείας τῆς μὴ βουλομένης τὰ ἴδια δρᾶν. ὅτι δὲ ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ἰδίων ἐκβαλλομένου τάττεται τοὔνομα καὶ οὐχ ὡς οἴεται Καικίλιος μόνων τῶν ἐκ καταδίκης ὀφειλόντων καὶ Φρύνιχος ἐν Ποαστρίαις δῆλον ποιεῖ.

In den ersten Sätzen werden die zwei Seiten in der Verwendung der *δ. ἐ.* ebenso unterschieden, wie dies in dem Schlußsatz gegenüber der Meinung des Kaikilios geschieht, der sie lediglich zur Vollstreckung richterlicher Urteile bestimmt glaubte, Ganz anders freilich Rabel S. 350: der dritte Satz 'spricht von dem Urteil auf eine Geldsumme (eigentlich Geldbuße, was in Athen bezeichnenderweise durcheinandergeht) und übergeht dabei völlig die Exekution eines Urteils, das dem Gegner Sachen zuspricht'. Damit ist aber, abgesehen von dem sehr bedenklichen Zusatz der Parenthese, der Sinn der Worte gröblich mißverstanden, ein Mißverständnis, das auch die weiteren Ausführungen S. 356f. nachteilig beeinflußt.[1]) Daß *ἐπιτίμια* nicht bloß Geld-

[1]) Entschieden ablehnen muß ich auch die mir S. 381 Anm. 2 erteilte Belehrung, *δίκην λαβεῖν παρὰ τῶν ἀγόντων αὐτόν* bedeute 'ein Prozeßnehmen nicht gegen die Vindikanten, sondern von ihnen (accipere iudicium)'. Darum sei von mir die Beweisführung von Partsch, Bürgschaftsrecht S. 296 für das Bestehn einer *δίκη δουλείας* nicht ganz erledigt, der eben auf jene Worte baue. Damit ist Partsch schweres Unrecht geschehn, der Griechisch genug versteht, um zu wissen, was *δίκην λαμβάνειν παρά τινος* wirklich heißt. Seine Berufung auf Lysias XXIII 12 bezog sich vielmehr auf die Worte *περὶ τοῦ σώματος ἀγωνίσασθαι* und ist durch das A. R. S. 641 Gesagte behoben, von dem Rabel nur darin abweicht, daß er als Folge der *δίκη ἀφαιρέσεως* für den

buße bedeutet, beweisen zahlreiche Stellen der Redner, die von *ἐπιτίμια φόνου, προδοσίας* u. ä. sprechen. Und wie das Wort bei Harpokration gemeint ist, zeigt aufs deutlichste die Parallelstelle u. *ὑπερήμερος: οἱ δίκην ὀφλόντες ὁποιανοῦν καὶ τὰ ἐπιτίμια τοῖς ἑλοῦσι μὴ ἀποδιδόντες ἐν ταῖς τακταῖς προθεσμίαις ὑπερήμεροι ἐκαλοῦντο, καὶ τὸ πρᾶγμα ὑπερημερία.* Auf beide Verwendungsfälle der *δ. ἐ.* geht, was im nächsten Satze über die Straffolge gesagt ist. Dabei sind die Worte *ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν*, die nach Rabel 'in diesem Zusammenhange gar keinen Sinn haben', zunächst der Anwendung der Klage seitens der *φάσκοντες ἐξείργεσθαι ἐκ τῶν ἰδίων* angepaßt, berücksichtigen aber auch ihre Verwendung im Vollstreckungsverfahren, sofern das Urteil auf Herausgabe einer im Besitz des Beklagten befindlichen Sache ging (Attisches Recht S. 949 gegenüber Rabel S. 355 M.).

Im zweiten Absatz sind drei besondere Fälle der ersteren Art zusammengestellt, bei denen *τὰ ἴδια* nicht nur das umfaßt, was jemand im Besitz hat, sondern auch das, auf dessen Besitz er berechtigten Anspruch hat. So gleich in dem Falle der Pfändung durch den Gläubiger, wobei freilich 'unterschlagen' (S. 343 A.) sein soll, daß es sich nur um den Pfandgläubiger handele. Denn 'daß ein gewöhnlicher Gläubiger ohne Urteil und ohne vertragsmäßige Exekutivklausel eine Sache des Schuldners nehmen könne, ist in Athen bereits völlig unerhört'. Allerdings kennt Hitzig, Griech. Pfandrecht S. 56ff. und danach Beauchet III p. 223ff. und Pappulias, Pfandrecht S. 103ff. und mit ihnen Rabel[1]) keine Pfändung durch den Gläubiger als auf Grund eines Urteils oder einer Exekutivklausel, abgesehen von einigen privilegierten Forderungen. Wie sehr sie aber damit im Unrecht sind, lehren ein paar Stellen in Aristophanes' Wolken. V. 33ff. klagt Strepsiades *ἐξήλικας ἐμέ γ' ἐκ τῶν ἐμῶν, ὅτε καὶ δίκας ὤφληκα χἄτεροι τόκου ἐνεχυράσεσθαί φασιν.* Daß bei der Pfändung wegen rückständiger Zinsen nicht an ein ergangenes Urteil gedacht werden kann, macht die

---

siegreichen Kläger nicht einfach Rückfall in die Sklaverei, sondern Wahl zwischen diesem und dem Geldwert des Sklaven annimmt.

[1]) Auch dieser Irrtum wirkt weiter fort S. 359 ff.

Gegenüberstellung *καὶ—χἄτεροι* klar. Dazu V. 240f. *ὑπὸ γὰρ τόκων χρήστων τε δυσκολωτάτων ἄγομαι φέρομαι τὰ χρήματ' ἐνεχυράζομαι.* Daß das Recht des Gläubigers zur Pfändung, das ihm gegen den mit der Zinszahlung im Rückstand verbliebenen Schuldner zusteht, sich auch auf den Fall der Nichtrückzahlung des Kapitals zum festgesetzten Termin erstreckt, versteht sich von selbst und wird durch eine Äußerung im Axiochos bestätigt, der, wenn er auch nicht von Platon stammt, doch als einwandfreier Zeuge für attisches Recht gelten darf, S. 367 B *κἂν μή τις θᾶττον ὡς χρέος ἀποδιδῷ τὸ ζῆν, ὡς ὀβολοστάτις ἡ φύσις ἐπιστᾶσα ἐνεχυράζει τοῦ μὲν ὄψιν, τοῦ δὲ ἀκοήν, πολλάκις δὲ ἄμφω.* An eine besondere vertragsmäßige Abrede ist hier sowenig wie dort zu denken möglich. Ohne Zweifel wird also auch der Gläubiger gegen den, der ihn an der Pfandnahme hindert, die *δίκη ἐξούλης* gehabt haben.

Hat sich diese Angabe des Harpokration vollkommen bewährt, so bedarf es nicht erst einer Bestätigung für den folgenden Fall, für den der Grammatiker sich ausdrücklich auf das Gesetz beruft. *'Επεργασία* ist die, sei es berechtigte, sei es widerrechtliche Bebauung fremden Bodens. Also kann es sich in dem Falle *εἴ τις ἐπεργασίας εἴργοιτο* nur um den Schutz des auf Grund irgendeines Rechtstitels fremden Boden Bebauenden handeln, mag er dies Recht schon ausgeübt haben oder erst in Anspruch nehmen, nicht, was Rabel zur Wahl stellt, um 'den Schutz eines sein eigenes Grundstück Bebauenden gegen einen Nachbarn, der ihn — hindern will'. Einen verwandten Rechtsfall behandelte die Rede des Deinarch gegen Mekythos, von der nachher zu reden ist. Eng angeschlossen an diesen Satz ist der folgende, der aus jenem die notwendige Ergänzung erhält, *δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι πρὸς τὸν εἴργοντα ἐξούλης*, während die analoge Bildung des Vordersatzes mit *εἴ τις εἴργοιτο* — durch die freiere Fügung *περὶ ἀνδραπόδου καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι* ersetzt ist. Dadurch ist ein Mangel an präzisem Ausdruck des Gedankens entstanden, der dem Grammatiker ebenso zur Last fällt, wie er die Dunkelheit des aus Deinarch nachgetragenen Rechtsfalles verschuldet hat.

Aber der Sinn des in Rede stehenden Satzes ist durch die letzten angeführten Worte außer Zweifel gesetzt: wer an Ausübung bzw. Geltendmachung seines Besitzrechts an einem Sklaven oder an einem andern Gut behindert wird. Den Satz für verdorben oder, wie Rabel will, für an unrichtige Stelle geraten zu halten, liegt nach dem Gesagten keinerlei Grund vor. Noch weniger durfte seine Echtheit in Frage gestellt werden. Denn nicht allein er, wie Rabel sagt, sondern der ganze zweite Absatz ist lediglich in der Epitome aus Harpokration (nicht bloß in Kodex D) erhalten, und diesen zu verdächtigen wird wohl niemand in den Sinn kommen. Wohl aber begreift man, daß der Versuch, die Glaubwürdigkeit des Artikels zu erschüttern, gerade bei diesem Satze einsetzte. Und doch dient ihm ebenso wie den vorausgehenden die Berufung auf Lysias' Rede gegen Stratokles und auf Isaios zur Stütze, von dessen für Prozesse *ἐξούλης* geschriebenen Reden besonders die gegen Dorotheos ergiebig gewesen zu sein scheint. Wie sorgfältig und gewissenhaft aber Harpokration oder seine Quelle in der Ausbeutung der Redner verfahren ist, das beweist eine Nachprüfung der Artikel, bei denen durch Erhaltung der von ihm angezogenen Reden eine Kontrolle ermöglicht ist. Selbstverständlich sind wir dadurch nicht der Verpflichtung überhoben, seine Angaben im einzelnen nachzuprüfen, soweit unsere Mittel das gestatten. Ich habe z. B. A. R. S. 743 aus innern Gründen die Ausdehnung in Zweifel gezogen, die er der *δίκη βεβαιώσεως* gibt, die dann Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 717 A. nach Pappulias gegen mich in Schutz genommen hat. Es ist also nur ein Kampf gegen Windmühlen, wenn Rabel davor warnen zu sollen glaubt, 'eine Grammatikerglosse wie einen Gesetzesartikel auslegen oder wie eine systematische juristische Abhandlung lesen zu wollen'. Aber um einer erst zu erweisenden These willen einer auf uns nicht mehr zugängliche Quellen gestützten Angabe eines vertrauenswürdigen Gewährsmannes den Glauben zu versagen, ist methodisch genau so falsch, wie wenn z. B. Rabel in einer früheren Arbeit eine Klausel des Adoptionsgesetzes bei [Demosth.] XLVI 14, die der Erklärung Schwierigkeiten bereitet, kurzerhand auswirft.

Unangefochten läßt dagegen auch Rabel die Angaben in Pollux' Onomastikon VIII 59 über die *δίκη ἐξούλης* gelten, der einzigen Grammatikerstelle, die außer Harpokration in Betracht kommen kann und gleichfalls im Zusammenhang gewürdigt sein will: *ἡ τῆς ἐξούλης δίκη γίνεται ὅταν τις τὸν ἐκ δημοσίου πριάμενον μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι ἃ ἐπρίατο, ἢ τὸν νικήσαντα ἃ ἐνίκησεν, ἀλλ' ἢ ἔχοντα ἐκβάλλῃ ἢ σχεῖν κωλύσῃ ἢ αὐτὸς ὁ ὀφλὼν ἢ ἄλλος ὑπὲρ αὐτοῦ. καὶ μὴν καὶ εἰ ὁ μὲν ὡς ἐωνημένος ἀμφισβητεῖ κτήματος, ὁ δὲ ὡς ὑποθήκην ἔχων, ἐξούλης ἡ δίκη.* Für die Bestimmung der Klage zum Schutze der Nutznießung aus einem vom Staate erkauften oder erpachteten Grundstück oder anderer Sache ist Pollux unser einziger Zeuge, verdient aber vollen Glauben, da wir wissen, daß das Recht auf ein vom Staate erworbenes Gut durch keine Klage angefochten werden durfte (A. R. S. 667 A. 10). Ebenso hat die Zuständigkeit der Klage gegen den Judikatsschuldner durch den Fund der solonischen Gesetzesworte in zwei Papyrus ihre Bestätigung gefunden. Wenn in ihnen nicht, wie auch bei Harpokration, von der Rückgabe der erstrittenen Sache an den Sieger, sondern nur von Zahlung ihres Wertes an ihn wie an den Staat die Rede ist, so kann man mit Rabel S. 358 annehmen, daß ihm zwischen beidem die Wahl zustand. Aber auch damit würde nur die Unvollständigkeit des erhaltenen Gesetztextes vorausgesetzt, die uns das Recht gibt, auch die wichtige Alternative *ἢ ἔχοντα ἐκβάλλῃ ἢ σχόντα κωλύσῃ* auf das Gesetz selbst zurückzuführen. Die Angabe des letzten Satzes, mit der Rabel S. 371 nicht viel anzufangen weiß, ist wohl nur aus einer nicht ganz einwandfreien Auffassung des Rechtsfalles in der Rede gegen Zenothemis abgeleitet, auf den bald zurückzukommen ist.

Mit dem Dargelegten ist bereits der Versuch von Rabel widerlegt, das Wesen der *δίκη ἐξούλης* allein nach den vier Anwendungsfällen zu bestimmen, für die schon Leist, Attischer Eigentumsstreit S. 46ff., ihre Zuständigkeit als zweifellos erklärt und auf die Beauchet III p. 397 sie beschränkt hatte. Es sind in der Fassung von Rabel S. 374 1. der Inhaber eines urteilsmäßig festgestellten Rechts an einem Grundstück und der pfändungsberechtigte Gläubiger,

2. der Pfandgläubiger, 3. der suus heres, 4. der Pächter und Käufer vom Staat. Wie die letzte Kategorie nur auf Pollux beruht, so ist die erste (abgesehen von der Unzulässigkeit der Beschränkung auf das Recht an einem Grundstück) aus Harpokration dahin richtigzustellen, daß jeder Gläubiger gegen den Schuldner, der Kapital oder Zinsen zum Fälligkeitstermin nicht zahlt, das Recht der Pfandnahme und, wenn er an ihr gehindert wird, die *δίκη ἐξούλης* hat. Weiter kommt dazu, wer an der Nutznießung aus einem Grundstück oder Bergwerk, auf die er ein Recht hat, behindert wird. Denn dahin die auf ein einzelnes Gesetz sich gründende Angabe von Harpokration zu erweitern, berechtigt trotz Rabel S. 373 die von Deinarch gegen Mekythos für einen Bergwerkspächter geschriebene Rede, der aus einem schon drei Jahre betriebenen Bergwerke von einem Nachbar vertrieben war (*ἐκβαλλόμενος*), nach Dionys Deinarch S. 667.[1]) Auch ist sicher nicht zufällig, daß wir gerade in dem von Demosthenes XXXVII 35 angeführten Berggesetz *ἐάν τις ἐξείλλῃ τινὰ τῆς ἐργασίας* das alte Verbum gebraucht finden, von dem *ἐξούλη* abgeleitet ist. Der danach bei Harpokration folgende Satz, dessen Überlieferung sich als ganz unverdächtig erwiesen hat, belegt die Verwendung der Klage auch zum Schutze des Mobiliarbesitzes mit einem bezeichnenden Beispiele und schließt mit der allgemeinen Wendung *καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι* ab, die voraussetzen läßt, daß noch weitere Anwendungsfälle den Quellen bekannt waren. Aber die von Naber, Sertum Nabericum (1908) p. 279f. hierher gezogenen Stellen Lysias XXIII 11 und [Demosth.] LII 10 haben mit der *δίκη ἐξούλης* gar nichts zu schaffen. Weder bei Lysias sind ihre Voraussetzungen gegeben, wenn zwei Parteien, die sich über den Besitz eines Sklaven streiten, sich bereit erklären, auf ihn zu verzichten, *εἴ τις ἢ εἰς ἐλευθερίαν τοῦτον ἄγοι ἢ φάσκοι ἑαυτοῦ δοῦλον εἶναι*, noch wenn Kallippos von einem in der Bank des Pasion niedergelegten Depositum sagt: *εἰ δὲ ἀπείληφε (Κηφισιάδης), λέγε — εἴ τις βούλεταί με ἀφελέσθαι, προξένον ὄντα ἀφαιρεθῆναι.*

1) Daß nicht alle attischen Bergwerke im staatlichen Besitze waren, habe ich A. R. S. 311 Anm. 8 gezeigt.

Mit dem Nachweise des weiteren Geltungsbereichs der *δίκη ἐξούλης* bricht nun aber auch Rabels These, sie sei Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe, nicht mehr und nicht weniger, rettungslos zusammen. Zwar gesteht er S. 374 zu: 'Wie Isaios V 22 für den Pfandgläubiger, wohl auch III 62 für den Erben lehrt und die Grammatiker für die anderen Fälle bestätigen, steht der Besitznahme die Erhaltung im schon gewonnenen Besitze im allgemeinen gleich.' Allein sofort wird hinzugefügt: 'Unmöglich können wir aber angesichts des ganzen Sachverhalts fehlgehen, wenn wir in dem Rechte des Klägers auf eigenmächtige Besitznahme den Zweck und ein Kennzeichen der Auslese dieser Fälle erblicken.' In dem ersten Satze ist zunächst die scharfe Gegenüberstellung von Rednern und Grammatikern abzulehnen. Denn auch Harpokrations und Pollux' Nachrichten sind aus Reden geschöpft, die nur nicht erhalten sind. Nur auf letzteren gründet sich, wie schon bemerkt, die vierte Kategorie, für die nach ihm überhaupt nur ein *μὴ ἐᾶν καρποῦσθαι* die Voraussetzung bildet. Ebenso erscheint in den aus Harpokration hinzutretenden Fällen nicht nur die Besitznahme, sondern auch der schon ausgeübte Besitz geschützt. Sicher unrichtig aber ist es, wenn für Isaios V 22 dieser geschützte Besitz als ein eigenmächtig erlangter verstanden wird (S. 347). Denn Mikion, den der Sprecher der Rede Menexenos aus einem von Dikaiogenes ihm abgetretenen Badhaus ausweist, gehört zu den *παρὰ τούτου* (Dikaiogenes) *πριάμενοι καὶ θέμενοι*, diese aber werden wir, da sie die *τιμή* an Dikaiogenes erlegt und die Grundstücke im Besitz haben, mit Wyse als Käufer *ἐπὶ λύσει* anzusehen haben, bei der die *βεβαίωσις* gleichfalls statthat (A. R. S. 746 A. 256). Die von Rabel S. 371 aufgeworfene Frage, ob das Pfand schon verfallen war, ist danach ebenso gegenstandslos wie sonderbar seine Behauptung, es sei immer als Anomalie empfunden worden, daß der Gläubiger hier im Besitze ist, was für die vielfach belegte *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* ja gerade charakteristisch ist. Dagegen gehört die Stelle aus Isaios' dritter Rede nicht hierher, da es sich um die *ἐμβάτευσις* einer Erbtochter handelt. Der zweite Satz von Rabel aber bedarf nach meiner bisherigen Darlegung keiner besonderen Widerlegung.

Ist aber die Klage zum Schutze auch des schon ausgeübten Besitzes bestimmt, so bleibt die Frage, ob ihr Geltungsbereich ein so allgemeiner ist, daß sie die Sicherung eines jeden Besitzrechts zur Aufgabe hat. Für ihre Bejahung scheint der Anfang und besonders der Schluß von Harpokrations Artikel zu sprechen, *ὅτι ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ἰδίων ἐκβαλλομένου τάττεται τοὔνομα*. Allein diese Worte können nicht ganz die gleiche Autorität in Anspruch nehmen, wie die Angaben über die einzelnen Anwendungsfälle der Klage, da sie einer aus diesen von Harpokration oder seiner Quelle erst abgeleiteten Folgerung entstammen können. Auf sie gestützt gibt aber van Meurs p. 57ff. der Klage die weiteste Ausdehnung und sieht in ihr die zentrale Klage zum Schutze einer unbegrenzten Anzahl von Besitzrechten gegen ihre Verletzer. Wenn man aber in Erwägung zieht, daß der Schutz für eigenmächtige Besitzergreifung durch die *δίκη ἐξούλης* nur in den Fällen gewährt wurde, in denen sie durch das Gesetz ausdrücklich gestattet war, so liegt die Annahme nahe, daß der gleiche Schutz nur dem Besitze zustand, der auf ihn besonderen Anspruch zu haben schien. Immerhin läßt sich nicht verkennen, daß einer Entscheidung der Frage in diesem von Leist vertretenen Sinne unser Quellenmaterial wenig günstig ist. Jedenfalls bedürfte sie zu ihrer Begründung einer umfassenderen Untersuchung über den attischen Eigentumsstreit, als sie mir an dieser Stelle möglich ist.[1]) Dagegen ist es unerläßlich, auf die

---

[1]) In ihren Zusammenhang gehört die auch von Rabel nur gestreifte Frage über die Klagen *ἐνοικίου, καρποῦ* und *οὐσίας*. Von den Angaben bei Harpokration u. *οὐσίας δίκη* wird ein Teil gelten gelassen S. 358. Wenn er es aber als das regelmäßige Verfahren für den, der Anspruch auf ein im Besitz eines andern befindliches Haus oder Grundstück erhebt, bezeichnet, zunächst durch eine Klage *ἐνοικίου* oder *καρποῦ* den Mietzins oder Fruchtertrag zu fordern, so soll er nach S. 343 A. die besondere Lage unterschlagen haben, in der sich *οἱ δικαζόμενοι περὶ χωρίων ἢ οἰκιῶν* befanden; gemeint seien einfach Verpächter und Vermieter. Dabei ist ganz unbeachtet geblieben, was bereits A. R. S. 679 gebührend hervorgehoben war, daß die Angabe des Grammatikers durch ein Bruchstück des Lysias Bestätigung findet, dessen klarer Wortlaut jede andere Deutung ausschließt. Recht kühn soll es sein, daß ich zu den Worten in einem Artikel des Photios und Suidas *πρὸς τοὺς*

Bedeutung der ἐξαγωγή einzugehen, die die Voraussetzung für Anstellung der δίκη ἐξούλης bildet, wenngleich ich zum Teil schon früher Gesagtes wiederholen muß; von ihrer richtigen Auffassung ist das Verständnis des schwierigen Rechtsfalles der Rede gegen Zenothemis wesentlich bedingt.

Die Ausweisung dessen, der sich in den Besitz eines Grundstücks oder einer anderen Sache setzen will, oder dessen, der sich in deren Besitze befindet, die bei den Rednern ἐξάγειν, in der Sprache des alten Gesetzes ἐξείλλειν heißt, ist zunächst eine tätliche. Die ἐξαγωγή einer Erbtochter aus dem Erbe, dessen ἐμβάτευσις ihr zusteht, wird von Isaios III 62 als ein βιάζεσθαι bezeichnet und von seiner Ausweisung durch Onetor sagt Demosthenes in seiner freilich tendenziös gefärbten Sachdarstellung XXX 2 ὑβριστικῶς ὑπ' αὐτοῦ πάνυ ἐξηλάθην. Auch die Grammatiker erklären ἐξείλλειν mit ἐξωθεῖν und ἐκβάλλειν neben ἐξείργειν und εἴργειν. Aber wenn nach Isaios V 22 Menexenos den Mikion aus dem Badhause, das dieser im Besitz hatte, ἐξήγαγεν, so ist schwerlich mit Wyse und Naber Mnemosyne XLI (1913) p. 121 daran zu denken, daß er ihn heimlich oder mit Gewalt außer Besitz gesetzt hat. Es wird genügt haben, daß er gewisse Handlungen vornahm, durch die er sich ein Besitzrecht beilegte, um Mikion zur Anstellung einer δίκη ἐξούλης zu berechtigen. Dafür spricht auch der Rechtsfall, der der Rede gegen Zenothemis zugrunde liegt. Es handelt sich um eine von Protos aus Syrakus eingeführte Getreideladung, zu deren Ankauf der Sprecher Demon ihm zusammen mit anderen ein Darlehn gewährt zu haben behauptet. Auf das Getreide erhebt nun aber Zenothemis Anspruch mit der Gegenbehauptung, es sei ihm von dem wirklichen Eigentümer, dem auf der Fahrt ums Leben gekommenen Schiffsführer Hegestratos für ein Darlehn verpfändet worden, und hält trotz allen Einreden an seinem

---

ἑαλωκότας ἐν προτέρᾳ δίκῃ χρέους ἢ καρποῦ bemerkt habe, für χρέους sollte es heißen ἐνοικίου. Beides sei ein und dasselbe, eine Klage um Schuld. Aber eine Schuldklage war auch die Klage καρποῦ und die Logik verbietet, Gattungsbegriff mit Teilbegriff zu koordinieren, wie denn auch in den Parallelstellen ebenso wie bei Lysias immer ἐνοικίου mit καρποῦ zusammengestellt wird.

Anspruche fest, εἴχετο τοῦ σίτου § 17 (unrichtig darüber Rabel S. 369). Darauf schreitet Protos zur ἐξαγωγή, Zenothemis aber fügt sich ihr nicht, sondern erklärt, sich von niemand ausweisen zu lassen als von Demon, ἐξῆγεν αὐτὸν ὁ Πρῶτος, οὑτοσὶ δ' οὐκ ἐξήγετο οὐδ' ἂν ἔφη διαρρήδην ὑπ' οὐδενὸς εἰσαχθῆναι εἰ μὴ αὐτὸν ἐγὼ ἐξάξω. Den Grund zu diesem Vorgehen des Zenothemis hat Mitteis in dieser Zeitschrift XXIII S. 290 aufgehellt: er will den Rechtsstreit nicht mit Protos führen, weil er diesen nicht als Besitzer der Ladung, sondern nur als Agenten von Demon anerkennt. Aber wie kann es in der Hand des Zenothemis liegen, zu bestimmen, von wem er ausgewiesen werden wolle, da doch Protos nach § 14 im Besitz des Getreides ist? Naber a. d. S. 7 a. O. p. 278 sah den Grund der Weigerung des Zenothemis, sich durch Protos ausweisen zu lassen, darin, daß Protos dies nicht in eigenem Namen habe tun wollen, und statuiert darum die Rechtsnorm possessione cedendum qui suo nomine deducere nollet. Daneben läßt er noch die andere Erklärung offen, Zenothemis habe sich der Ausweisung durch Protos nicht zu fügen gebraucht, weil dieser nicht in sicherem Besitz des wohl in einem staatlichen Speicher lagernden Getreides gewesen, dies vielmehr von ihnen beiden in Anspruch genommen worden sei; wobei man nur nicht begreift, wie er dann eine Ausweisung durch Demon annehmen konnte, dessen Übernahme des Getreides jedenfalls in einen späteren Zeitpunkt fällt (§ 20). Anders sucht Rabel die Schwierigkeit zu lösen. Die Ausweisung habe Protos nach dem richtig verstandenen ἐξῆγεν, soviel an ihm liege, vollzogen. 'Daß er keine Konsequenzen daraus zieht, kommt wahrscheinlich in der Hauptsache davon, daß er bereits auf die Seite des Zenothemis umgefallen ist.' Zunächst die letztere Annahme steht in entschiedenem Widerspruch mit der Sachdarstellung des Sprechers, gegen die Rabel kein Bedenken äußert. Nach ihr richtet Protos nach der Weigerung des Zenothemis, sich von ihm ausweisen zu lassen, im Einvernehmen mit Demon und den anderen Darleihern die Proklesis an Zenothemis, eine gemeinsame Fahrt nach Syrakus zu unternehmen und von der dortigen Behörde feststellen zu lassen, daß Protos so

wie er behauptet, das Getreide dort eingekauft, den Preis dafür bezahlt und den Ausgangszoll erlegt habe, widrigenfalls er und sein Geldgeber sich verpflichteten, ihren Anspruch auf das Getreide aufzugeben und noch ein Talent an Zenothemis zuzuzahlen.[1]) Als Zenothemis die Proklesis ablehnt, *ὁ Πρῶτος διεμαρτύρετο ἐξάγειν βεβαιοῦν ἀναπλεῖν ἐθέλειν εἰς τὴν Σικελίαν.* Alle weiteren Schritte aber überläßt er Demon, der nun die *ἐξαγωγή* vornimmt. Daß diese von Protos auch soviel an ihm lag nicht vollzogen war, beweisen die ausgeschriebenen Worte, in denen *ἐθέλειν* das gemeinsame Regens zu den vorausgehenden Infinitiven ist. Die ganze Schwierigkeit aber hebt sich in einfacher Weise, sobald man anerkennt, daß die *ἐξαγωγή* jedenfalls in der Zeit der Rede, die wesentlich später fällt als die angezogenen Reden von Isaios und Demosthenes, bereits zu einer symbolischen Handlung geworden war, die durch einen gemeinsamen Willensakt des *ἐξάγων* und des *ἐξαγόμενος* zustande kommt. Erst damit gewinnt sie die Übereinstimmung mit der römischen deductio quae moribus fit, die uns das Recht gibt, mit F. Hofmann und Mitteis (auch Römisches Privatrecht I S. 19) das römische Institut aus dem griechischen abzuleiten. Und für das in Geltung stehende Recht dürfen wir sicher die Rede als unverdächtige Quelle anerkennen, so geboten es auch ist, die Begründung der Ansprüche ihres Sprechers auf das Streitobjekt weniger vertrauensvoll hinzunehmen, als in den letzten Besprechungen des Rechtsfalles geschehen ist. Denn ein sehr bedenkliches Licht wirft auf sie, wie schon Leist und besonders Thalheim bemerkt haben, die nur ganz beiläufig von Demon zugestandene Tatsache, daß Protos bereits in einem von Zenothemis gegen ihn angestrengten Prozeß *βλάβης* (A. R. S. 657 A. 77) vom Gerichtshof in contumaciam verurteilt und das Eigentumsrecht des Zenothemis an der Getreideladung anerkannt war. Dar-

[1]) Ganz mißverstanden ist die Stelle von Rabel, wenn er schreibt, Protos wolle sich in Athen keinen Weiterungen aussetzen, sondern nur in Sizilien prozessieren. Nicht richtig ist auch die Annahme von Mitteis, Protos habe die Quittungen über den Einkauf des Getreides in der Hand gehabt. Dann hätte es der Fahrt nach Sizilien nicht erst bedurft.

um das angelegentliche Bemühen des Sprechers, die Verhandlung der wider ihn erhobenen *δίκη ἐξούλης* durch seine lediglich gegen ihre Einbringung als Handelsklage gerichtete *παραγραφή* zu hindern (*μὴ δῆτ' ὦ Ζεῦ καὶ θεοί* § 23).

Über den Rechtsstreit des Demosthenes gegen Onetor kann ich mich auf eine kurze Bemerkung beschränken. Wenn die ganze Argumentation des Redners auf den doppelten Nachweis abgestellt ist, daß an dem von ihm in Anspruch genommenen Grundstück dem Onetor ein Pfandrecht weder überhaupt zustehe, da er niemals eine Mitgift für seine Schwester an Aphobos gezahlt habe, noch in Wirksamkeit getreten sei, weil ihre Ehe mit Aphobos noch fortbestehe, so kann ich nach wie vor darin nur die Begründung seiner Rechtsauffassung erkennen, daß Aphobos in dem Zeitpunkte, in dem das wider ihn erstrittene Urteil rechtskräftig wurde, sich in uneingeschränktem Besitze des fraglichen Grundstücks befand, er selbst also zu dessen Besitznahme berechtigt war. Rabel verwirft S. 364 diese Erklärung, weil die Prozeßlage nicht um ein Haar anders wäre, wenn der Redner bloß seinen Vorrang dartun könnte oder wollte. Aber durch den Versuch der *ἐξαγωγή* gewann er die Möglichkeit, die *δίκη ἐξούλης* mit ihrer schweren Straffolge gegen Onetor anzustellen, während er sich dieses Vorteils begab, wenn er den Weg der Diadikasie betrat. Rabel seinerseits leitet die *ἐξαγωγή* des Onetor von einem ihm zustehenden Interventionsrecht ab, und macht dafür die gesetzlichen Bestimmungen von Gortyns und Pergamon geltend, aus denen bereits Pappulias S. 176f. ein nachträgliches Einspruchsrecht gegen eine Pfändung für den gefolgert hat, der die einem andern als diesem zugehörig abgepfändete Sache als sein Eigentum in Anspruch nimmt. Damit ist aber gar nichts für die Erklärung von Demosthenes' Handlungsweise gewonnen, auf die es mir allein ankam.

Von den drei Sätzen, in denen Rabel zum Schlusse seine Ergebnisse zusammenfaßt, soweit sie sich auf das klassische attische Recht beziehen, haben die zwei ersten und wesentlichen die Probe nicht bestanden. Als Deliktsklage ist die *δίκη ἐξούλης* schon durch die Straffolge für den Verurteilten gekennzeichnet; ihre Bezeichnung als Exe-

kutionsklage oder Besitzstörungsklage sollte nur die verschiedenen Seiten ihrer Anwendung zum Ausdruck bringen. Minder ablehnend stehe ich jetzt der von Rabel S. 381ff. wieder vertretenen Meinung gegenüber, daß die *δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν* nicht bloß Exhibitionsklage, sondern auch Vindikationsklage gewesen sei, soweit der zur Exhibition Aufgeforderte nicht auf den Gewähren zog. Bestimmend für mein Urteil ist vor allem das Zeugnis über die allein uns bekannte, für solchen Prozeß geschriebene Rede, dem man noch nicht gerecht geworden ist. Rabel stellt eingehendere Studien zum griechischen und römischen Exhibitionsrecht in Aussicht. Hoffen wir, daß sie es an verständnisvoller Verwertung der griechischen Quellen nicht fehlen lassen, ohne die die rechtsvergleichende Arbeit auf Sand baut.

II.

Die Haftung mehrerer Tutoren.

Von

Herrn Privatdozenten Dr. **Ernst Levy**

in Berlin.

A. Darstellung.

I. Daß 'in der Materie der Kontutoren von Justinian bedeutende Änderungen eingeführt sind'[1]), wird heute schwerlich noch bestritten werden. Über die Richtung und Tragweite dieser Änderungen besteht aber keineswegs Klarheit. Das wird nirgends fühlbarer als gegenüber der durch die Überlieferung so oft aufgeworfenen oder voraus-

---

[1]) Peters, ZSSt. 32, 227 unter treffendem Hinweis auf die Collectio de contutoribus (über sie u. S. 24 N. 8); vgl. auch Beseler, Beiträge I 92: 'der Titel D. 26, 7 scatet emblematis'.

gesetzten Frage, ob und wie von mehreren wirksam[1]) bestellten Tutoren[2]) der einzelne zu haften hat.

Wo immer es möglich ist, hat eine derartige Untersuchung von der klassischen Prozeßformel auszugehen. Das gilt nicht bloß da, wo die in factum konzipierte Formel die Voraussetzungen der Kondemnation mehr oder weniger unmittelbar abzulesen gestattet. Auch die Formel des bonaefidei-Judiziums fordert trotz oder (vielleicht besser) gerade wegen ihrer Wortkargheit die strengste Berücksichtigung, weil sie den Ausleger mindestens instand setzt, die mit ihr unvereinbaren Lösungen von vornherein auszuscheiden.

Was die formula tutelae von den übrigen bonae fidei iudicia abhebt, sind einzig die nicht anzuzweifelnden[3]) beiden verba demonstrationis 'tutelam gessit'. Sie sind vielsagend genug.

1. Wer nicht geriert hat, ist nicht passiv legitimiert.

a) Dauernd von jeder Haftung befreit geblieben ist er, wenn er nicht das Recht und daher auch nicht die Pflicht zur Gestion hatte, sei es, daß er, wie der sogenannte tutor honorarius, schon kraft seiner Bestellung von der Gestion ausgeschlossen war[4]), sei es, daß er als tutor testamentarius

---

[1]) Der Scheintutor haftet überhaupt nur wie ein negotiorum gestor: Vat. Fr. 228 (dazu Buchholtz in seiner Edition), D. 26, 5, 26; 27, 1, 13, 12; C. 5, 28, 1; 5, 34, 4; nicht hierher C. 5, 55, 2 (u. S. 67 f.). Über ihn neuerdings (unter sich verschieden) Peters 261ff, Partsch, Neg. gest. I 62 ff., Solazzi, Riv. ital. 54, 40 f.

[2]) Die cura minoris liegt nicht im Rahmen der Arbeit. Wo sie aber zu erwähnen war (u. S. 27 N. 6, 37 N. 3. 6, 39 N. 5, 40 N. 1, 61 N. 3, 62 N. 1), konnte ich keinen Zweifel darüber lassen, daß ich mit Lenel, ZSSt. 35, 129 ff. an die Gestionspflicht des klassischen Kurators glaube. — Über die Haftung der Magistrate u. S. 83 ff.

[3]) Treffend Pernice, ZSSt. 19, 168 N. 1 zu 2 und Peters a. a. O. 189 N. 2 gegenüber der früher (Neg. gest. 119) von Wlassak vorgeschlagenen Variante 'negotia pupilli gessit', die Lenel, Ed. 308 N. 10 nicht entschieden genug zurückweist. Von speziellen Zeugnissen sind neben D. 26, 7, 5, 3; eod. 18 pr. (Schluß wohl itp.: Beseler II 9) namentlich Tryph. D. eod. 55 pr. und besonders § 2 beweisend. Der von Wlassak benutzte Satz von D. 27, 5, 1 pr. ist sicher unecht: Pernice a. a. O., Peters 245 ff., 255.

[4]) u. S. 71 ff. — Hierunter fällt der tutor notitiae gratia datus nicht: u. S. 49 f.

oder ex inquisitione datus in der ediktsgemäßen Konkurrenz mit seinen Kollegen[1]) die Gestion nicht erlangt hatte.[2])

b) Aber selbst der Tutor, der sich der ihm zustehenden und obliegenden Gestion eigenmächtig entzog, haftete vorerst nicht. Diesem Übelstande scheint man im Gebiet der magistratischen Tutel zunächst[3]) dadurch abgeholfen zu haben, daß der Magistrat den Widersetzlichen zur Übernahme der Gestion zwang[4]) und so den Zessanten zum Gerenten machte. Der Zessant als solcher wurde erst getroffen, seitdem der Satz Eingang fand, daß er periculo suo cessare; ein Satz, den zuerst die Konsuln in dem die Appellation gegen die Tutorernennung zurückweisenden Dekret[5]) im einzelnen Falle aussprachen[6]), Marc Aurel aber allgemein

---

[1]) Über sie neuestens (untereinander abweichend) Taubenschlag, Vormundschaftsrechtl. Studien 11 ff., Solazzi, Riv. 53, 263 ff., Kübler, Krit. Viert.-Schr. 52, 10 ff.

[2]) u. S. 73 ff.

[3]) Seit wann? Dazu Pernice, ZSSt. 5, 26, Karlowa II 288 f. Die Inst. 1, 20, 3 bieten wenig Anhalt: Kübler, ZSSt. 23, 513, Taubenschlag 25, Solazzi, Minore età 146 N. 4, Riv. 53, 284.

[4]) Das versteht sich aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht (vgl. namentl. Pernice, ZSSt. 5, 25 ff; 19, 167; s. auch Karlowa II 290, Perozzi, Ist. I 320 N. 2) und wird mindestens durch die auch von Solazzi, Min. età 145 f. nicht verdächtigten Ulp. D. 26, 7, 1 pr.; eod. 5, 1; 38, 17, 2, 42 erwiesen. Der Zwang war keineswegs, wie Solazzi meint, unmöglich, da er ja (s. alsbald im Text) nur auf die Herbeiführung einer einzigen Gestionshandlung abzuzielen brauchte. Auch nach dem Aufkommen der actio utilis blieb er nützlich, weil nur der Gerent primär haftete (s. u. S. 21 ff.) und der suspecti postulatio (s. u. S. 19 N. 5) wie der Inanspruchnahme aus der stipul. rem pup. salvam fore ausgesetzt war (die 'bella pensata' [Solazzi] von Ulp. D. 46, 6, 4, 3 i. f. birgt sicher einen klassischen Kern). Aber freilich konnte selbst der härteste Zwang nur mittelbar wirken und demnach ganz oder zur Zeit versagen, und so mußte das Aufkommen der actio utilis auch im Bereich der magistratischen Tutel als Fortschritt empfunden werden.

[5]) Solazzi, Min. età 284 N. 4, Lenel, ZSSt. 35, 187 f.

[6]) Ein solches Dekret liegt dem Tatbestand von Pomp. D. 26, 7,17 'qui iussus est ⟨a consule? so Solazzi, Riv. 54, 33 f.⟩ tutelam gerere, si cessasset' wahrscheinlich zugrunde; vgl. den Gegensatz am Schluß, den Faber, Jurispr. papin. scientia 12, 6, 5 (p. 805) und Wlassak, Neg. gest. 107 N. 12 doch wohl mißverstehen. Natürlich kennt Pomponius die Neuerungen Marc Aurels noch nicht, aber auch

auf alle Zessanten ausdehnte, die nicht in den von ihm vorgeschriebenen Fristen die Exkusation gehörig geltend machten.[1]) Inhaltlich trugen nunmehr die Zessanten schlechthin[2]) das Risiko (periculum) ihrer Unterlassung[3]), und das Schuldmoment spielte nur insofern eine Rolle, als ein entschuldbares Unvermögen zur Exkusation[4]) oder Gestion[5]) von dem Risiko befreite. Aktionenrechtlich aber versuchte man nicht, das cessare unter den gegensätzlichen Begriff des gerere zu zwängen. Vielmehr unterwarf man[6]) den cessans einer utilis actio, die man der tutelae actio bewußt entgegenstellte[7]) und zweifellos durchaus abweichend formulierte.[8]) Lenels demonstratio: quod N^us^ N^us^, cum A^i^ A^i^ tutor esset, tutelam non gessit[9]) kommt der richtigen sicher sehr nahe.[10])

Diesem Sachverhalt wird nicht gerecht, wer als Klaggrund der ediktalen actio tutelae nicht die Gestion, sondern

---

wenn er sie gekannt hätte, wäre seine Entscheidung keine andere gewesen: wer die Appellation (oder Exkusation) rechtzeitig geltend macht, für den hat der Ablauf der Fristen keine Bedeutung mehr (Vat. Fr. 155: nisi id fecerint): dies gegen Solazzi.

[1]) Ulp. Vat. Fr. 155, D. 26, 7, 1, 1; Paul. D. 23, 2, 60, 3; vgl. auch Ulp. D. 46, 6, 4, 3 (suo periculo cessavit). — Zur Kenntnis von der Tutorbestellung noch C. 5, 38, 5 (dazu Solazzi, Riv. 54, 34). — Ähnlich haftete ex sacris constitutionibus derjenige, der falsis allegationibus a tutela se excusaverit (Paul. D. 23, 2, 60 pr.).

[2]) Vgl. u. S. 64 f.

[3]) periculum cessationis: Paul. D. 27, 1, 31 pr. i. f., Carac. Vat. Fr. 228.

[4]) Scaev. D. 27, 1, 37, 1; ebenso Solazzi, Riv. 54, 40.

[5]) Marcian. D. eod. 29, 1; C. 5, 55, 1, 1 (a. 223); hierzu u. S. 64 f.

[6]) placuit: Pap. D. 26, 7, 39, 11.

[7]) So besonders Ulpian in D. 26, 7, 5, 3 und D. 46, 6, 4, 3.

[8]) Lenel, Ed. 308 N. 10, Alibrandi, Bull. 2, 156, Solazzi, Min. età 59 N. 2.

[9]) Gerade auf die Formel scheint Scaev. D. 27, 1, 37, 1 zurückzugehen (an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio . . . dari debeat), während Ulp. D. 46, 6, 4, 3 (ob. N. 1) an die staatsrechtliche Quelle der actio erinnert. Vgl. auch den Gegensatz in Ulp. D. 49, 1, 10, 4.

[10]) Zum zivilen Charakter einer solchen Formel: Wlassak, Edikt und Klageform 132.

das 'vormundschaftliche Amt' anzusprechen sucht.[1]) Irreführend ist aber auch der Gegensatz 'Tutori non gerenti e tutori cessanti'[2]), weil die letzteren gleichfalls Nichtgerenten sind. Unter den Nichtgerenten stehen die gestionspflichtigen und deshalb utili actione haftenden und die gestionsbefreiten und deshalb nichthaftenden Tutoren einander gegenüber.

2. Das Formelwort 'tutelam' bezeugt, daß die Römer zu dem Begriff eines die Gesamtheit der Geschäfte des Pupillen zusammenfassenden eigenartigen Rechtsverhältnisses gelangt sind.[3]) Diese Tatsache ist für die hoch- und spätklassische Zeit, aus der beinahe alle hernach zu prüfenden Fragmente stammen, fast durchweg anerkannt[4]), aber nicht einmal für die Zeit und Lehrmeinung der Sabinus und Cassius zu leugnen, da Pap. D. 26, 7, 37 pr., selbst wenn es unberührt erhalten sein sollte[5]), keineswegs 'jeden einzelnen Verwaltungsakt die causa einer besonderen Obligation bilden'[6]) läßt.[7]) Der einzelne Akt ist natürlich nicht belanglos; denn anders als sukzessive ist eine Verwaltung ja nicht zu führen. Aber ebensowenig wird er als solcher gewertet.

---

[1]) So Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 452; dagegen Peters 188 ff., 287 N. 1, vgl. auch Partsch, Neg. gest. I 32.

[2]) So Solazzi, Riv. 54, 35 ff.; Näheres u. S. 27.

[3]) Dazu namentlich Peters 188 ff.

[4]) Pernice, Labeo I 497, II 2, 203, ZSSt. 19, 139. 169 Note, Wlassak, Neg. gestio 69 ff., 115 f., Eisele 452, Perozzi I 320 N. 2, Partsch I 32. — Anders Ascoli, Obbligazioni solidali 13, 19 ff., Bull. 4, 300 f., Binder, Korrealobligationen 264, 333 ff., 336 ff., Redenti, Arch. giur. 79, 63 N. 1.

[5]) Bedenken hat schon Wlassak 69 N. 17 geäußert. — Sollte nicht aber 'in singulas res' von den Byzantinern stammen, deren Ansicht diese Worte genau wiedergeben (s. u. S. 24 ff.), während sie andererseits das 'per tempora' abschwächen, das den Grundton der folgenden Paragraphen anschlägt? Zudem kommt 'obligare in rem' einzig an dieser Stelle vor: VIR V 140, 48. Auch 'prout gerit' ist überflüssig und geht vielleicht auf denselben Autor zurück wie kurz zuvor in D. eod. 31 (u. S. 31, 31 N. 7). — Hiermit stimmt sachlich die Auslegung Küblers, R.-E. 'Rechtsschulen' SA. 6 Spalte II durchaus überein.

[6]) Binder 336.

[7]) S. vielmehr (außer Kübler: ob. N. 5) Karlowa II 677 f., Peters 190, dem Rabel, Röm. PR. (Holtzendorff-Kohler I) 468 N. 6 wohl beitritt; vgl. auch Pernice, ZSSt. 19, 137 N. 4 a. E.

Er erscheint vielmehr als Äußerung des generellen tutelam gerere mit der Folge, daß er nur finita tutela und nur im Rahmen der Tutelklage in iudicium venire kann und daß darüber hinaus der einmal tätig gewordene Tutor nun für alles, was eine ordnungsmäßige Verwaltung 'ex fide bona' fordert, insonderheit also auch für die überhaupt nicht oder von einem anderen geführten Geschäfte verantwortlich ist. Und wie die einzelne Handlung oder Unterlassung hinter dem tutelam gerere[1]) verschwindet, so die aus jener gebührende praestatio hinter dem 'quidquid .... dare facere oportet': durch die Streitbefestigung über die actio tutelae wird jeder einzelne 'Anspruch'[2]) konsumiert.[3])

Bedenkt man, wie spät man sich entschloß, den Nichtgerenten haften zu lassen, so versteht sich das Bestreben, den Begriff des tutelam gerere soweit wie möglich zu erstrecken. Non solum ergo — bestätigt Tryphonin (D. 26, 7, 55, 2) — gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae.[4]) Und ähnlich spricht Ulpian in D. eod. 5 §§ 1—3.[5]) Vor allem bemerkenswert ist § 1:

---

[1]) Nur dieses ist causa actionis; vgl. mein (noch ungedrucktes) Konkurrenzrecht § 7.

[2]) Wie man heute sagt: Konkurrenzrecht §§ 6, 8 und passim.

[3]) Vgl. einstweilen Keller, Litiskont. 530ff.; ausführlich gegen Peters 287 m. Konkurrenzrecht § 6.

[4]) Zum Fortgang der Stelle u. S. 59f.

[5]) Der § 2 (über ihn richtig Solazzi, Min. età 261 N. 3, unzutreffend Berger, ZSSt. 35, 70f.) gehört nur deshalb in diesen Zusammenhang, weil ihm der Gedanke semel gerens semper gerens zugrunde liegt; ob der damit angedeutete Gegensatz 'qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari' (Ulp. D. 26, 10, 4, 4; dazu unten S. 35 N. 1) nicht deutlicher ausgedrückt war, muß dahinstehen. Beide Sätze stimmen genau zu dem Prinzip desselben Ulpian (D. 26, 10, 3, 5; u. S. 35 N. 1 Anf.), daß Voraussetzung der suspecti accusatio ein dolus in tutela admissus ist. Die das Gegenteil lehrenden Institutionen 1, 26, 5 i. f. beweisen zwingend, daß die jenes Prinzip ausführlich und folgerichtig erläuternden Ausführungen in D. 26, 10, 3 §§ 6 bis 11 — von mehrfacher Überarbeitung abgesehen — im Ergebnis echt sein müssen (vgl. auch C. 5, 43, 1 und die Zurückhaltung Lenels, ZSSt. 35, 183f.; anders Berger 80f., 83ff.). Der Widerstreit zwischen

Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum, cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare,

der zugleich bewußt die Grenzlinie gegenüber dem cessans zieht.[1]) Wer auch nur in irgendeiner Beziehung und sei es lediglich, um Gestion und Risiko von sich abzuwälzen (vgl. Tryph. cit.[2])), sich betätigt und auf solche Weise seine Eigenschaft als Tutor anerkannt hat, ist Gerent. Zessant ist nur, bei wem sich nicht einmal jenes Gestionsminimum verwirklicht hat. Beide Begriffe gehen also von der Tutel als einem Ganzen aus und lassen sich auf ein einzelnes negotium nicht beziehen. Niemand kann Gerent und Zessant zugleich sein.

II. Diese m. E. sicheren Sätze müssen den Ausgangspunkt bilden, wenn man sich über die Haftung einer Mehrheit von Tutoren klar werden will.

1. Mehrere Gerenten müssen unter allen Umständen in gleichem Maße (nämlich in solidum) und in gleicher Linie (nämlich primo loco) verantwortlich sein, gleichviel ob sie an irgendwelchen einzelnen Geschäften sämtlich oder nur zum Teil oder überhaupt nicht beteiligt waren.[3]) Es ist nur erforderlich, daß der eine das negotium a, der andere das negotium b, der dritte das negotium c usw. geriert hat, um die im iudicium tutelae allein erhebliche Frage, ob ein jeder (eandem) tutelam gessit, für sie alle gleichmäßig zu

---

Institutionen und Digesten aber scheint auf einen Dissens der Klassiker zurückzuführen. Die Zitate von Inst. 1, 26, 5 i. f. zu verdächtigen, besteht um so weniger Anlaß, als das 'constitutum est' durch C. 5, 43, 3 (vgl. Berger 48 N. 2 a. E.), vielleicht auch durch C. eod. 2 bestätigt wird. Die in D. 26, 10, 3, 5ff. zu erwartenden Hinweise auf Julian wird die Digestenkommission getilgt haben.

[1]) Daß das Fragment so allgemein redet, ist gerade das Bezeichnende und nicht, wie Solazzi, Riv. 54, 35f. meint, ein Indiz gegen die Echtheit. Auch seine formalen Bedenken sind wenig überzeugend und nicht imstande, die sachliche Bedeutung abzuschwächen. Eher könnte das nachschleppende 'etiamsi modicum' ein (unschädliches) Glossem sein; zur Echtheit von 'modicus' s. etwa Seckel-Heumann h. v., Levy, Sponsio 90, Beseler I 115, Taubenschlag 6.

[2]) Dazu u. S. 37 N. 6. [3]) S. u. S. 28ff.

bejahen. Entsprechend ist hinsichtlich des für die Verurteilung notwendigen Verschuldens niemals das Einzelgeschäft, sondern nur die gesamte Tutel in Betracht zu ziehen, deren Gestion für jeden Tutor das universa negotia curare debere[1]) begründet. Und weiter ergibt sich mit Sicherheit, daß die so zwischen den Gerenten erwachsende Aktionenkonkurrenz[2]) nach dem Prinzip der eadem res gelöst worden sein muß[3]), also auch alterius factum alteri quoque nocet.[4])

2. Genau ebenso zu beurteilen ist das Verhältnis unter mehreren Zessanten, deren jeder ja in gleicher Weise tutelam non gessit.[5])

3. Dagegen ist die Beziehung zwischen gerens und cessans abweichend geordnet. Allerdings haftet nach dem eben Gesagten der eine wie der andere auf alles, was überhaupt in iudicium venit (d. h. in solidum). Aber deshalb haften sie noch nicht in gleicher Linie. Lange genug ließ man den Zessanten gänzlich frei ausgehen. Aber selbst als man diesen Rechtszustand als unhaltbar erkannte, änderte man — echt römisch — nur soviel wie unbedingt erforderlich, um nicht den Mündel die Folgen des cessare tragen zu lassen. Keineswegs nahm man dem Tatbestand tutelam

---

[1]) So Julian in D. 27, 8, 5 (u. S. 32ff.).

[2]) Wofern ihnen — wie regelmäßig — die Tutel aus gleichem Grunde deferiert ist: vgl. u. S. 55 N. 3.

[3]) Dieser — heute noch bestrittene: u. S. 26 N. 5 — Satz ist erst im Konkurrenzrecht (§ 24) näher zu begründen. Denn er betrifft das Wie der Konkurrenz, während die vorliegende Abhandlung sich auf die Vorfrage, das Ob der Konkurrenz beschränkt. Aus dem gleichen Grunde ist das Innenverhältnis, also auch das Regreßrecht hier noch nicht zu erörtern.

[4]) Arg. Pomp. D. 45, 2, 18 (Näheres dazu Konk. § 23). — Die Anwendungskreise dieses Satzes und des universa negotia curare debere schneiden sich hier. Der letztere ist auch außerhalb des eadem res-Gebietes (s. z. B. den Fall zu 3.) und gegenüber Unterlassungen verwendbar; dafür versagt er aber, wenn der Kontutor das Fehlen eigenen Verschuldens (im Hinblick auf die universa negotia) darzutun vermag (Beispiel: u. S. 55). — Das Ergebnis bestätigen ausdrücklich die Anfangsworte des sonst unechten Paul. D. 26, 7, 14 (s. u. S. 50f.) sowie der Tatbestand non ex propria culpa condemnari in C. 5. 58, 2; a. 212 (unrichtig dazu Solazzi, Riv. 54, 67; Weiteres Konk.-R. § 24).

[5]) S. u. S. 69ff.

gessisse jede besondere Bedeutung: bislang die einzige Grundlage der Haftung, blieb er dauernd die prinzipale. Lediglich das setzte man gegen den Zessanten fest, daß das cessare von nun ab auf sein eigenes Risiko (periculum) gehen solle. Kam der gerens seiner Gestionspflicht ordnungsmäßig nach oder war er im Falle ihrer Verletzung in der Lage, dem Mündel den Schaden zu ersetzen, so hatte der Tutor, der administrare noluerit contentus, quod ceteri idonei essent[1]), das Spiel gewonnen: das Risiko sank auf Null, und er blieb haftfrei. Nur wenn und soweit der Gerent nicht zahlungsfähig war, steigerte sich das periculum zur Haftung.[2]) Nicht die Gleichstellung mit dem Gerenten[3]), sondern eine bloße Regreßpflicht des Zessanten[4]) war also im Grunde das Ergebnis der Reform Marc Aurels. Das lassen, präzise verstanden, schon die kaiserlichen Kernworte 'periculo suo eos cessare' unmittelbar ablesen. Und wenn uns die älteste Stelle, die wir über die actio utilis überhaupt haben (Pap. 5 resp. D. 26, 7, 39, 11[5])), zugleich versichert, daß erst 'post ceteros qui gesserunt, actionem utilem tutelae dari placuit'; wenn wenige Jahre später[6]) Tryphonin (14 disput. D. 26, 7, 55, 2) von 'constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit' redet[7]), so darf man das als eine Bestätigung dessen ansehen, daß schon Marc Aurels Erlaß selbst in der dargelegten Weise aufgefaßt worden ist: aller Wahrscheinlichkeit nach trat die actio utilis sofort als subsidiäre Klage in die Erscheinung. Die technische Anlehnung bot wohl die nach Anwendungsgebiet und Wirkung eng verwandte, nicht sehr viel ältere actio subsidiaria gegen die Munizipalmagistrate[8]), deren Subsidiarität jedoch — der Verschiedenheit der Rechtslage entsprechend — noch um einen Grad stärker war. Wäh-

[1]) Paul D. 27, 1, 35 (dazu u. S. 63f.). [2]) S. u. S. 59ff.

[3]) Dawider sprechen nicht etwa D. 23, 2, 60, 3; D. 26, 7, 55pr., § 3: s. u. S. 28f.

[4]) Nach Art eines Indemnitätspromittenten.

[5]) Geschrieben zwischen 206 und 211 (P. Krüger, Gesch. d. Qu. 222), also etwa 30 Jahre nach Marc Aurel.

[6]) Zwischen 211 und 213: Fitting, Alter und Folge 81.

[7]) Zu diesen Stellen u. S. 59f., 66f.

[8]) Sie geht auf Trajan zurück: C. 5, 75, 5.

rend die actio subsidiaria erst eingriff, falls 'universis excussis facultatibus tutorum (also einschließlich der cessantes) satis ei (scil. pupillo) fieri non potuerit'[1]), war die actio gegen den cessans schon 'excussis prius facultatibus eius qui gesserit'[2]) erfolgreich. Aber die Gleichheit der Formulierung beider Voraussetzungen liegt auf der Hand. Zweifellos war die Feststellung, ob sie im Einzelfall gegeben waren, wie dort[3]) so hier nicht in der Formel vorgesehen, sondern magistratischer causae cognitio überlassen. Prozessual ermöglicht wurde das zwischen actio directa und actio utilis herrschende Subsidiarverhältnis dadurch, daß hier — anders als zwischen mehreren Gerenten oder mehreren Zessanten[4]) — eadem res nicht bestand; lag doch die causa actionis das einemal im tutelam gessisse, das anderemal umgekehrt im tutelam non gessisse. — Gerade auf diesem Gegensatz beruhte, wie dargelegt, die Subsidiarität; also galt sie durchgängig und ausnahmslos. Insbesondere kann sie dadurch, daß auch der Gerent sich einem Einzelnegotium gegenüber passiv verhalten hatte, nicht beeinträchtigt worden sein.[5])

4. Über die von der Gestion total befreiten Tutoren[6]) ist Besonderes nicht zu sagen. Da sie nicht haften, so ist ihr Dasein für die Haftung ihrer nicht befreiten Kollegen ohne Bedeutung.

Um so einschneidender ist die partielle Befreiung. Wird durch Testament oder magistratisches Dekret nach räumlichen oder sachlichen Gesichtspunkten die Verwaltung in mehrere Bezirke geteilt und jedem Tutor ein selbständiger Bezirk zugewiesen, so ist er innerhalb seines Bezirkes allein gestionsberechtigt, außerhalb desselben aber aller Verwaltungsbefugnis bar. Hier wird er behandelt, atque si ei administratio tutelae permissa non esset, d. h. wie

---

[1]) So der auf Grund von Ulp. fr. Arg. 11 i. Verb. mit C. 5, 75, 1, 1 in meinem Konk.-Recht § 29 vermutete Wortlaut von Trajans Senatuskonsult.

[2]) So ein sicher echter Rest aus Ulp. D. 26, 7, 3, 2 (dazu u. S. 72 N. 10).

[3]) Vgl. Lenel, Ed. 311 N. 9, Levy, Privatstrafe 44 N. 5.

[4]) Ob. S. 21 N. 3. [5]) S. u. S. 66ff. [6]) Oben S. 15 zu a.

ein total befreiter Tutor: quantum enim facit in totum denegata, tantundem valet, si in ea re de qua agitur denegata sit (Venul. D. 26, 7, 51 i. f.). Daraus folgt, daß auch Gestionspflicht und Haftung sich auf den eigenen Gestionsbezirk beschränken.[1] Der sonstigen Ganzhaftung mehrerer Tutoren tritt die nach Gestionsbezirken bemessene Anteilshaftung gegenüber. — Die ohne behördliche Genehmigung von den Tutoren untereinander vereinbarte Überlassung oder Teilung der Verwaltung hat irgendwelche Wirkung nicht: gerere und cessare wird nach allgemeiner Regel, also nur im Hinblick auf die gesamte Tutel beurteilt.[2]

III. Von alledem ist in der Kompilation kaum etwas unberührt geblieben. Die Neigung der Byzantiner, in der actio tutelae wie in jeder anderen actio einen bloßen Rahmen für die an sich selbständigen materiellen Ansprüche zu erblicken[3], und ihr Standpunkt, daß man immer nur für eigenes Verschulden einzustehen habe[4]: beides wirkte mit Notwendigkeit dahin zusammen, daß das einheitliche Tutelverhältnis sich in lauter einzelne Handlungen und Unterlassungen auflöste.[5] Das tutelam gerere, diese Basis des klassischen Rechts, verschwand aus dem Gesichtskreis, und an seine Stelle trat das einst unerhebliche Einzelgeschäft, die res de qua agitur. Um die Grundsätzlichkeit des Gegensatzes sich zu veranschaulichen, braucht man den vorhin[6] wiedergegebenen klassischen Stellen nur den Ausspruch entgegenzuhalten, der sich aus der sonst bloß Referate kompilierter leges[7] aufweisenden Collectio de contutoribus[8])

---

[1]) Unten S. 75ff.

[2]) Jul. D. 27, 8, 5 (u. S. 32ff.); Tryph. D. 26, 7, 55pr., § 2; Paul. D. eod. 46, 1 i. f. (u. S. 39); C. 5, 52, 2, 3 (a. 284); eod. 3 (a. 294). — Ebenso Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 452 N. 71, Solazzi, Riv. 54, 38f.

[3]) Näheres Konkurrenzrecht § 17 und passim.

[4]) Über diese Frage in Gesamtschuldverhältnissen: Konkurrenzrecht § 23.

[5]) Nur die ob. S. 18 N. 4 zuletzt Angeführten halten das für klassisch. [6]) S. 19f.

[7]) Zitiert werden D. 27, 3, 1 §§ 11—15; C. 5, 52, 1—3; 5, 54; 7, 55, 2 (nicht: 5, 55, 2, wie Haenel statt des überlieferten 7, 5, 2 emendiert).

[8]) Anhang der Epitome Iuliani (mit ihr ediert von G. Haenel

auch schon äußerlich wie eine besondere Mahnung heraushebt:

Dico autem non administrasse tutelam et eum, qui rem de qua agitur non administravit: nam quantum ad eam rem, non immiscuit se administrationi.

Lediglich im Hinblick auf diese einzelne 'rem de qua agitur' [1]) beantwortete man jetzt die Schuldfrage, unterschied man jetzt, wer geriert, wer nicht geriert, insbesondere zessiert hatte. So erhielten die Sätze von der primären Haftung des Gerenten und der subsidiären des Zessanten unmittelbar einen neuen Inhalt.[2]) Kein Tutor war mehr durchgängig in erster oder zweiter Linie verantwortlich: auch der Gerent haftete nun aus den von einem anderen geführten Einzelgeschäften nur noch subsidiär[3]), auch der Zessant umgekehrt haftete aus gänzlich unterbliebenen Geschäften prinzipal[4]), weil ja, wie Thalelaios von seinem Standpunkt aus treffend bemerkt, *οὐκ ἔστιν εἰπεῖν, τὸν μὲν πρῶτον, τὸν δὲ δεύτερον εἶναι.*[5]) Mittelbar hatte der Wechsel der Grundanschauung zur Folge, daß man die historische Begründung der Subsidiarhaftung durch eine dogmatische ersetzte: den jeweils nicht gerierenden Tutor trifft in Ansehung aller einzelnen Geschäfte eine Überwachungspflicht, gegen die er schuldhaft verstößt, wenn er den gerierenden nicht als suspekt postuliert oder zur Sicherheitsleistung anhält.[6]) Diese Überwachungspflicht wurde nun aber auch allen pflichtenfreien Tutoren auferlegt, für die das Verständnis allmählich ver-

---

p. 201) unter dem Titel Item Collectio Domini Iuliani Antecessoris, aber nicht von diesem, sondern von einem unbekannten Zeitgenossen stammend (Haenel p. XLIXf., Conrat, Gesch. der Quellen I 140, Peters, ZSSt. 32, 227 N. 2, P. Krüger, Gesch. [2. Aufl.] 420). Über ihren Zweck s. Peters. — Die im Text gewählte Bezeichnung ist im Index einer der drei Handschriften überliefert.

[1]) So die Collectio weiter vorher an zwei ferneren Stellen.

[2]) Daß die neue Subsidiarhaftung auf eine konsumierende Wirkung der ersten Streitbefestigung keine Rücksicht mehr zu nehmen brauchte, versteht sich.

[3]) z. B. u. S. 48 N. 7, 52 N. 5, 57. [4]) u. S. 66ff.

[5]) schol. *Θεοδώρου* zu Bas. 38, 16, 2 (Heimb. III 783) i. f.

[6]) Diese beiden Beispiele kehren allenthalben, vielfach nebeneinander wieder. Prinzipiell gegen sie u. S. 34ff.

lorengegangen war: dati sunt enim — heißt es jetzt[1]) — quasi observatores actus eius (scil. qui gesserit) et custodes imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Und das folgerecht ohne Unterschied, ob die Gestionsbefreiung total oder partiell war. Die ganze klassische Scheidewand zwischen gestionspflichtigen und gestionsbefreiten Nichtgerenten fiel zu Boden. Sämtliche Tutoren hafteten nun für die von ihnen selbst geführten oder überhaupt liegengebliebenen Geschäfte primär und im übrigen subsidiär. So schrumpfte die prinzipale Haftung mehrerer auf den Fall zusammen, daß sie ein einzelnes Geschäft gemeinsam geführt oder sämtlich unterlassen hatten. Aber auch auf diesem engen Gebiet erhielt sich die Ganzhaftung nur, wofern nicht — bei allseitiger Zahlungsfähigkeit — das neue beneficium divisionis eingriff.[2])

IV. Mit dieser Darstellung setzt sich die bisherige Literatur, soweit sie überhaupt die kritische Sonde anlegt, fast durchweg in Widerspruch. Allgemein anerkannt ist nur die Nichthaftung der klassischen tutores honoris causa dati[3]) und im wesentlichen der byzantinische Ursprung des beneficium divisionis.[4]) Erst teilweise zugegeben wird die eadem res[5]) zwischen mehreren actiones (tutelae) directae.[6]) Weit über das Richtige hinaus schießt Binder[7]), wenn er die

---

[1]) D. 26, 7, 3, 2 itp. (s. u. S. 72 N. 10).

[2]) Über das beneficium Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 457 N. 75, Binder 284, 294ff., Levy, Sponsio 175, Redenti, Arch. giur. 79, 66 N. 1, P. Krüger zu den einzelnen Stellen, Peters 227, Solazzi, Min. età 102 N. 1, Riv. 54, 52ff., Partsch, Neg. gest. I 43 N. 2; für klassisch halten es noch Ascoli, Bull. 4, 301, Schulz, ZSSt. 27, 101f., Girard, 5. Aufl. 748. — Zu D. 27, 3, 1 §§ 10—12 (wiedergegeben von der Coll. de contutor.) vgl. Eisele; zu D. 11, 2, 2 u. S. 81, zu D. 26, 7, 38pr., § 1 u. S. 69ff., zu D. 27, 7, 6 u. S. 80 N. 6. — Wegen D. 27, 3, 1, 15 s. u. S. 57f.

[3]) S. u. S. 71 N. 6. [4]) S. ob. N. 2.

[5]) So Eisele 451ff., de Ruggiero, Bull. 19, 60f., Partsch I 45 N. 3 und im Ergebnis Binder 183, 333ff. Näheres im Konkurrenzrecht § 24. [6]) Gegensatz: utiles.

[7]) 339ff.; gegen ihn bereits H. Krüger, ZSSt. 22, 223 und Solazzi, Min. età 59 N. 3, Riv. 54, 35ff., vgl. auch Redenti, Arch. giur. 79, 64 N. 1.

Subsidiarhaftung überall für unklassisch erklärt. Aber auch die letzte und ausführlichste Äußerung über den Gegenstand, der mir erst nach schriftlicher Fixierung meiner Ergebnisse bekannt gewordene Aufsatz von Solazzi 'Tutele e curatele'[1]) zeigt neben zutreffenden Auslegungen schwere Mißgriffe. Dem formularen 'tutelam gessisse' zum Trotz erkennt er im cessare einen Unterfall des gerere, hält er das tatsächliche gerere für unerheblich. 'Non gerente è il tutore (für Solazzi nur dann), se l'amministrazione è stata attribuita ai contutori secondo le norme dell' editto'.[2]) Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so 'nè può influire che alcuno abbia gerito ed altri no'.[3]) Das ihm hiernach allein verbleibende Kriterium der Gestionspflicht verwendet er in der Weise, daß er alle Gestionspflichtigen (einschließlich der Zessanten) primär, alle Nichtgestionspflichtigen (mit Ausnahme der honoris causa bestellten) subsidiär haften läßt.[4]) Daß die Überlieferung, um mit diesen Ergebnissen vereinbar zu werden, oft sehr wenig vorurteilsfrei angefaßt werden mußte, wird niemanden überraschen: Solazzis Exegesen[5]) zu D. 26, 7, 39, 11; 27, 1, 35; 50, 8, 4; C. 5, 37, 8; 5, 51, 6, 1; 5, 52, 3; 5, 54, 2, 1; 5, 55, 2; 5, 64, 1; 11, 36, 1, 1 und die vielen Stellen, in denen er (der Subsidiarhaftung wegen) die nicht erwähnte bindende Teilung der Gestion oder ihre Übertragung an einen einzelnen einfach 'sottintendere' will[6]), mögen als Beispiele dienen. Solazzis Grund für die primäre Haftung des Zessanten: 'sarebbe anzi supremamente ingiusto aggravare la responsabilità di chi ha fatto qualcosa, in confronto di chi non ha fatto

---

[1]) Riv. 54 (1914), 35—70 in vielfacher Abänderung seiner Ausführungen in La minore età (1912/3), die hier noch größtenteils den justinianischen Quellen folgen; vgl. die Übersichten einerseits Min. età 102, andererseits Riv. 54, 68.

[2]) Riv. 54, 37. [3]) a. a. O. 39.

[4]) 37ff., 41, 63, 65, 68 u. sonst.

[5]) Über sie u. S. 60—67, 86 N. 1.

[6]) S. namentlich 47 N. 2, 59f. — Auf eine divisio tutelae bezieht Solazzi 44 (anders Min. età 59f.) anscheinend auch Pap. D. 26, 7, 39, 15, ein Fragment, das sich überdies nur mit der Haftung der Kuratoren befaßt: einstweilen Lenel, ZSSt. 35, 153f., später mein Konkurrenzrecht § 132.

nulla'[1]) wird, wie man ihn auch methodisch beurteilen mag, durch die von der völligen Nichthaftung des Zessanten ausgehende geschichtliche Entwickelung widerlegt.[2]) Überhaupt leidet die Beweisführung darunter, daß prinzipiellere Gesichtspunkte nicht herausgearbeitet sind. Sonst wäre auch die Motivierung für das Eingreifen der Byzantiner[3]) nicht gar so farblos ausgefallen.

B. Begründung im einzelnen.

I. Mehrere Gerenten.

1. Den klassischen Grundsatz in allgemeiner Fassung formuliert Tryph. D. 26, 7, 55 pr.:

> Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur. plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.

Ohne Rücksicht auf Einzelnegotia wird entschieden: das Risiko (periculum) des unmittelbaren Gerenten, des mittelbaren Gerenten und des Zessanten ist commune und dementsprechend ihrer aller Haftung Ganzhaftung. Das ist die präzise und erschöpfende Antwort auf die Frage, quatenus quisque eorum teneatur, und es bleibt daher mit Recht unberücksichtigt, daß von den drei Tutoren der dritte nur subsidiär haftet. 'Diese Subsidiarität schließt die Solidarität der Haftung nicht aus'[4]); denn jene betrifft das Wann, diese das Wie und Wieviel der Belangbarkeit. Beide Fragen werden auch sonst klar gesondert. So bemerkt

---

[1]) Riv. 54, 39; auch ebenda 63.

[2]) Auch ließe sich die Gegenfrage stellen, warum es denn billig sei, im Falle räumlicher Verwaltungsteilung den entfernt wohnenden und zu einer Kontrolle regelmäßig nicht fähigen Mitvormund (subsidiär) haften zu lassen. [3]) 42.

[4]) Treffend Binder 338f.; vgl. insoweit auch 342.

Paulus, dem die Subsidiarhaftung des Zessanten natürlich wohl vertraut ist[1]), daß dieser perinde tenetur ex sacris constitutionibus atque si gessisset (D. 23, 2, 60, 3)[2]); so reskribiert Caracalla (C. 5, 54, 2): non ideo vos minus heredes eius conveniri potestis, quod eum tutelam non administrasse dicitis[3]), um schon im nächsten Satze auf die Subsidiarität aufmerksam zu machen; so trägt Papinian (D. 50, 1, 11 pr.) kein Bedenken, das teilweise wörtlich an Tryphonin erinnernde Reskript: magistratuum officium individuum ac periculum esse commune dahin zu erläutern, ut ita demum collegae periculum adscribatur, si neque ab ipso qui gessit neque ab ...... res servari possit.[4]) Daß auch Tryphonin die Subsidiarität im Auge behielt, beweist der Schluß des § 2 evident.[5]) Es bedeutet also kein Indiz gegen sie, wenn er im principium (und ebenso im Beginn des § 3) von ihr schweigt.[6]) Ja, die dieses Schweigen störenden Worte 'et solvendo non est' sind, weil sie sich nur auf den primus und nicht, wie es die Sache fordern würde, auch auf den secundus beziehen, an dieser Stelle unmöglich und den mißverstehenden Kompilatoren zuzuschreiben.[7]) Auf sie geht auch der mit plane verdächtig eingeleitete[8]) Schlußsatz zurück[9]): da der Tutor, der sich an der Entgegennahme von Mündelgeld beteiligt, noch mehr als der, qui satis a contutore accepit (§ 2 ibid.), gessisse tutelam creditur, so klafft gegenüber dem Tat-

---

[1]) D. 27, 1, 35 (dazu u. S. 63f.)

[2]) Vgl. auch seine ähnliche Wendung in D. 26, 2, 32, 1, wo 'et administrationis et cessationis (Mommsen; accessionis F) iure' auseinandergehalten zu sein scheint.

[3]) Die ausgelassenen Worte sind unecht: u. S. 61.

[4]) Dazu u. S. 83ff.

[5]) Dazu u. S. 59f. — Der § 2 schließt sich sichtlich an das princ. an; über § 1: Konkurrenzrecht § 126.

[6]) Dies alles verkennt Solazzi, Riv. 54, 37ff. (s. auch Min. età 59 N. 3), der wie auch sonst aus 'in solidum' die primäre Haftung ableitet. In Wahrheit heißt in solidum 'auf das Ganze' und weiter nichts: vgl. Konkurrenzrecht passim, z. B. §§ 28, 30.

[7]) Im Ergebnis ebenso Binder 343, anders Solazzi 38.

[8]) Vgl. Seckel-Heumann h. v., Beseler I 35 N.

[9]) Ebenso im Resultat Solazzi 38.

bestand, nach dem tertius nihil omnino gessit, ein unheilbarer Widerspruch. Auch ist weder die der pecunia numerata zugewiesene Sonderstellung begreiflich noch die Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung, die selbst bei Tribonian nur noch vereinzelt begegnet.[1]) — Was der Urtext statt dessen aufgewiesen hat, ist nicht mehr zu erkennen.

Übereinstimmend wird das Recht des adulescens, bei nicht oder nicht bindend[2]) geteilter administratio einen jeden Tutor[3]) auf das Ganze in Anspruch zu nehmen, noch im Jahre 284 (C. 5, 52, 2 pr., § 3) ohne jede Einschränkung[4]) hervorgehoben.[5]) Das Reskript bestätigt die obige Auslegung auch insofern, als es das 'unum ex his in solidum convenire' (§ 3) mit dem 'et unum eorum eligere[6]) et totum debitum exigere'[7]) (princ.) offensichtlich gleichsetzt. Die beide Male daneben erwähnte Zession ist für das nachklassische Recht wohl nicht zu beanstanden[8]), im principium aber aus formalen Gründen interpoliert.[9])

Ihren abweichenden Standpunkt zur Geltung gebracht haben die Byzantiner in Modest. D. 26, 7, 31:

---

[1]) Z. B. in D. eod. 39, 11 (s. u. S. 67 N. 1).

[2]) S. ob. S. 24 N. 2.

[3]) Die Kuratoren sind doch wohl interpoliert: Solazzi, Min. età 95f.; s. auch Lenel, ZSSt. 35, 207 gegenüber Partsch I 94 N. 3. — Zu 'in eodem loco . . . . constitutos' Solazzi a. a. O., P. Krüger z. d. St.

[4]) Insbes. ohne eine solche, wie sie der byzantinische Verfasser der Coll. de contutoribus für nötig hält, der die Solidarhaftung mit den Worten einführt: Si autem indivisa tutela sit, distinguitur, et interea dicendum est etc.

[5]) Auch hier wird zwischen gerere und cessare nicht unterschieden: vgl. auch Binder 338; anders H. Krüger, ZSSt. 22, 222f.

[6]) Gegensatz (vgl. § 1 eod.): Notwendigkeit geteilten Agierens (s. Konkurrenzrecht § 3); gegen Eisele a. a. O. 453 und Binder 346 vgl. Ascoli, Bull. 4, 302 und insoweit auch Perozzi, Ist. II 108. — Vgl. ferner die electio in Call. D. 26, 7, 33, 2.

[7]) Auch die letzten vier Worte sind echt; anders anscheinend Solazzi, Min. età 96 (nach Pacchioni) und P. Krüger z. d. St.

[8]) Konkurrenzrecht § 24.

[9]) Ebenso H. Krüger 222f., Pacchioni (bei Solazzi a. a. O. 96), P. Krüger z. d. St. Solazzi selbst (Riv. 54, 62) beanstandet jetzt auch den Zessionssatz des § 3 ebenso wie (p. 61f.) den gleichlautenden von C. 5, 51, 6, 1 (a. 290).

Divi Severus et Antoninus Augusti Sergio Iuliano. Forma, qua singuli tutores, prout quisque gessit tutelam, nonnunquam in solidum tenentur, dumtaxat intra pubertatis tempora locum habet, non etiam si post pubertatem administraverint.

Fehlten die Worte 'prout quisque gessit tutelam, nonnunquam', so würden die severischen Kaiser von dem für die frühere (D. eod. 55 pr.) und spätere (C. 5, 52, 2 pr., § 3) Zeit einwandsfrei bezeugten Grundsatz (forma[1])) ausgegangen sein und der die allgemeine Ganzhaftung bewirkenden Einheit des Tutelverhältnisses die Selbständigkeit der post pubertatem gerierten Einzelgeschäfte treffend gegenübergestellt haben. All das gerät ins Wanken durch die bezeichneten fünf Worte[2]), die den Inhalt der forma bis zur Unkenntlichkeit verwässern[3]) und das ganze Reskript unrichtig machen: daß die mehreren auch post pubertatem 'nonnunquam' (insoweit sie nämlich die einzelnen negotia gemeinschaftlich führen) in solidum tenentur, ist doch gar nicht zu bestreiten. Nimmt man hinzu, daß jenen Worten sämtlich die deutliche Tendenz innewohnt, das vormundschaftliche Einzelgeschäft auf Kosten der Gesamttutel in den Vordergrund zu rücken[4])[5]), so ist an ihrem byzantinischen Ursprung[6]) nicht mehr zu zweifeln.[7])

2. Diesen allgemeinen Aussprüchen über die Ganzhaftung jedes Gerenten treten Einzelanwendungen hinzu,

---

[1]) Selbst von Beseler II 24 hier nicht beanstandet.

[2]) Sie werden auch von Solazzi, Riv. 54, 42f. getilgt.

[3]) Bas. 37, 7, 30 (Heimb. III 663) und gl. forma adhl. denken an bindende Verwaltungsteilung; dieser Gedanke hätte undeutlicher als durch den prout-Satz kaum ausgedrückt werden können.

[4]) Daher denn auch Ascoli, Obbl. sol. 18f., Binder 337 N. 24, Redenti 65, 66 von ihrem Standpunkt aus (ob. S. 18 N. 4) gerade auf 'nonnunquam' den Ton legen.

[5]) Unzutreffend findet Solazzi 42f. hier eine Andeutung an das benef. divis.; auch sein Rekonstruktionsversuch ist verfehlt.

[6]) Vgl. ob. S. 24ff.

[7]) Zu 'nonnunquam' allgemein s. Seckel-Heumann h. v. Auch 'prout' ist nicht allein hier unecht (zu D. 2, 1, 7pr. vgl. Cujaz, obs. 21, 24; zu D. 3, 2, 23 Cujaz, ibid. 21, 12, P. Krüger z. d. St.; wegen D. 27, 3, 1, 12 ob. S. 26 N. 2) und Justinian geläufig: Longo h. v.; s. auch ob. S. 18 N. 5.

welche bestätigen, daß im klassischen Recht — im Gegensatz zum justinianischen — das gerere tutelam ohne weiteres[1]) das Einstehen für Tun und Lassen des Kontutors mit sich bringt. Besonders klar ist Jul. D. 27, 8, 5, zugleich das älteste Fragment in diesem Quellenkreise:

> Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutelae: alter sine herede decessit: quaesitum est, in magistratum, qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet. respondi aequius esse in alterum tutorem dari quam in magistratum: debuisse enim eum, cum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam netiorum pupilli non accessisset: nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet.

Die Alternativen der Frage schließen einander aus, weil die actio subsidiaria ja nur dann eingriff, wenn der überlebende Tutor von der Haftung alterius nomine befreit war.[2]) Dies wäre zu bejahen gewesen, wenn man die von den Tutoren privatim vereinbarte Geschäftsverteilung einer obrigkeitlich angeordneten hätte gleichsetzen können.[3]) Dafür sprach vielleicht die Erwägung, daß, si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio (Ulp. D. 26, 7, 3, 9). Aber nur die von der Behörde ausgesprochene Zuständigkeitsabgrenzung gewährleistete die erforderliche Rechtssicherheit. Und so hält Julian[4]) die Belangbarkeit des Tutors für aequius aus dem treffenden Grunde, daß die Rechtslage so zu beurteilen sei, wie wenn (similem) der Tutor, ohne eine Vereinbarung zu treffen, ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: quorundam, nicht aller Geschäfte; denn zu jener Zeit haftete der cessans ja überhaupt noch nicht[5]), und auch

[1]) Genauer: ob. S. 21 N. 4. [2]) S. ob. S. 23 N. 1.
[3]) Vgl. u. S. 75ff.
[4]) Unter dem Beifall der Späteren: ob. S. 24 N. 2.
[5]) Ob. S. 16f.

späterhin wäre in unserem Falle doch nur die Formel verwendbar gewesen, die ein positives tutelam gessisse enthielt. Gerade weil er die ungeteilte Tutel geriert hat[1]), ist der Tutor zum universa negotia curare verpflichtet und deshalb mit der actio directa auch wegen der Geschäfte belangbar, die entweder gar nicht oder nur von dem anderen Tutor geführt worden sind. — Der entgegengesetzte Gedanke ('etsi' statt 'si') scheint freilich dem abschließenden nam-Satze zugrunde zu liegen. Den aber hat Julian schwerlich geschrieben: das was zur Entscheidung steht (ob der Tutor jene negotia 'gerere deberet'), wird als selbstverständlich vorausgesetzt; das nam bringt keine Begründung, sondern einen dürftigen Aufguß des schon Gesagten; auch fällt die plötzliche direkte Rede und das störende 'etiam' auf. Bedeutsamer ist das Emblem 'cum sciret pupillo cautum non esse', mittels dessen die Byzantiner dem Tutor ein eigenes Einzelverschulden anzuhängen versuchen.[2]) Die scientia des überlebenden Tutors findet in dem Gedankengange Julians keinen Platz; fremd ist sie auch dem deutlich präzisierten Tatbestand, der das non curasse, ut caveretur lediglich im Hinblick auf die Haftung des Magistrates erwähnt. Anscheinend hat die Kommission der Sabinusmasse den cum sciret-Gedanken unmittelbar aus Ulpians (D. eod. 2), 'cum sciret . . . . . .' entnommen, ohne zu bedenken, daß hier nicht eine Pflicht, sondern ein Recht (actio) des wissenden Tutors daraus hergeleitet wird.[3])

Genau in Verfolg der klassischen Entscheidung hält denn auch in dem ganz ähnlich liegenden Falle von Ulp. D. eod. 2 der in solidum belangte (und offenbar verurteilte) überlebende Tutor den Mündel schadlos. Der korrekt[4]) referierte Tatbestand läßt von einem Einzelverschulden[5]) gleichfalls nichts verlauten. Zur Entscheidung steht für Ulpian lediglich die weitere Frage, ob der Tutor auf Grund seiner Kenntnis (cum sciret) a contutore suo satis

[1]) Nicht ganz so scharf Peters ZSSt. 32, 188. Unzutreffend Solazzi, Riv. 54, 38f., der an cessatio denkt.

[2]) Vgl. ob. S. 25 N. 6. [3]) Darüber u. S. 34 N. 1.

[4]) Nur die Ellipse von 'esse' beanstandet Solazzi, Riv. 54, 20 N. 3.

[5]) Vgl. ob. S. 21 bei N. 1.

non esse exactum[1]), nicht mittels der actio subsidiaria sich an den nachlässigen Magistrat halten könne. Die Antwort lautet verneinend, 'cum numquam tutor adversus magistratus habeat actionem: senatus enim consultum pupillo subvenit'. Der Grund ist durchschlagend; um so weniger verlangt er nach einer Ergänzung, wie sie die Schlußworte bringen[2]):

praesertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.

Gegenüber der untadeligen Sprache des Vorangehenden erwecken das doppelte 'quod' und der Indikativ im zweiten quod-Satz, das meist verdächtige imputare und die ungeschickte praesertim-Anknüpfung[3]) starken Anstoß. Noch unzweideutiger zeugt der Inhalt für Tribonian. Aus dem scire satis non esse exactum wird dem Tutor (unter Verdrehung der dieser Kenntnis im echten Texte zugedachten Funktion[4])) ein Verschulden konstruiert, dessen doppelte Spezialisierung für Justinian ebenso typisch wie für den Klassiker unmöglich ist. Einen Tutor[5]) suspekt zu machen

---

[1]) Diese Worte sind durch das Straßburger Fragment 10 (Seckel-Kübler I 500) als ulpianisch bezeugt. Da das 'cum' anders als kausal doch kaum gefaßt werden kann (VIR scheint es nicht zu verzeichnen), so ergibt sich: die scientia kommt keinesfalls als Begründung der Verweigerung (so der Schluß des fr.), sondern umgekehrt höchstens als Grund für die Gewährung der actio subsidiaria an den Tutor in Frage. Nur weil er auszuführen vermag, daß die facultates des verstorbenen Kollegen mangels aller Sicherheiten excussae seien und also auch sein Regreß gegen die Erben keine Aussicht habe, kann er den (freilich mißlungenen) Versuch wagen, die Zuständigkeit der actio subsidiaria überhaupt und seine eigene Aktivlegitimation im besonderen zu verfechten.

[2]) Schon Faber, Jurispr. papin. scientia 12, 8, 48 (p. 1007) spricht von einer additio 'ex abundanti'.

[3]) Zu den beiden letzten Punkten Beseler III 119f.; s. auch Levy, Sponsio 93 N. 1. — Das gleiche Emblem nimmt Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2 an, der aber trotzdem an bloß subsidiäre Haftung des Tutors glaubt und obendrein eine (bindende) divisio tutelae subintellegiert!

[4]) S. ob. N. 1. — Darin liegt eine genaue Parallele zu der eben (S. 33 N. 3) in D. eod. 5 aufgezeigten Interpolation.

[5]) Dieses Objekt zu suspectum facere fehlt wie in den meisten unechten Stücken (unten passim) so auch hier.

d. h. der accusatio suspecti zu unterwerfen, gelang im klassischen Recht nur, wenn er dolos gehandelt hatte[1]); die bloße

[1]) Diese Behauptung Taubenschlags 33ff. und Solazzis, Min. età 259ff., 300f. ist wie ihre ganze Beurteilung des tutor suspectus überhaupt von Berger, ZSSt. 35, 39—94 energisch angegriffen worden. Bergers Hauptthese, daß im klassischen Recht jedes tutorem removere eine accusatio suspecti zur Voraussetzung hatte und der Prätor von Amts wegen nur durch Gestionsverbot einschreiten konnte (B. 88; dazu Ulp. D. 46, 3, 14, 1 i. f.), ist mir außerordentlich wahrscheinlich. Aber damit ist der Satz unseres Textes nicht widerlegt. Das an der sedes materiae formulierte Prinzip (Ulp. D. 26, 10, 3, 5), daß nur ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, wird durch D. eod. 3, 13; eod. 8; 27, 2, 6; 38, 17, 2, 41 i. f.; 42, 5, 31, 1; C. 5, 43, 1. 2. 4. 6 §§ 1, 2; vgl. auch D. 26, 7, 19; Jul. in Inst. 1, 26, 5 (zu non ex fide s. etwa D. 49, 1, 4, 4; eod. 14 pr. und allgemein Mitteis, RPR. I 317ff.) entscheidend bestätigt und durch die Dolusfälle von D. 1, 12, 1, 7; 26, 10, 3, 11. 15 (lies: non ⟨solum⟩ quasi: Solazzi 264, B. 75); 27, 1, 35 i. f., Paul. sent. 3, 6, 15 erneut beleuchtet. Nicht eine Beseitigung, sondern eine verständliche Ausdehnung des Dolusbegriffes bedeutet es, wenn allmählich der Satz: Si fraus non sit admissa, sed [lata] neglegentia[, quia ista] prope fraudem acced⟨a⟩t, removeri hunc quasi suspectum oportet (Ulp. D. 26, 10, 7, 1; einige Lit. bei B. 68f.; zur Sache auch Levy, Privatstr. 44 N. 6) aufkommt und in D. eod. § 2 (ne! perseverant!) § 3 (novissime!), D. 27, 2, 6 (nimia cessatio! 'si quidem neglegentia' itp.: B. 57), 26, 10, 3, 14 sowie in D. eod. 3, 16 (pervivaciter perstant!) und C. 5, 43, 3 (perseveraverint!) Anwendung findet. — Den grundsätzlichen Umschwung brachte die byzantinische Tendenz, der Akkusation das Offizialverfahren gleichwertig zur Seite zu stellen. Während das magistratische Gestionsverbot — meist in Verbindung mit der Adjunktion eines Kurators — vorher zu der Remotion einen scharfen Gegensatz gebildet hatte (D. 26, 10, 3, 18 i. f., eod. 4, 3 init., eod. 9; 27, 2, 6; 46, 3, 14, 1. 2; C. 5, 43, 6, 1. 2; eod. 7; Papin. in Inst. 1, 26, 7), wurde es nun mit der Wirkung einer Absetzung ausgestattet (D. 26, 10, 4, 3 i. f. itp.: Taubenschlag 42, Berger [-Riccobono] 88, 93 f.) und entsprechend umgekehrt die Remotion unter die leichteren Voraussetzungen des gerere prohibere gestellt: sie konnte jetzt sine accusatione (D. 26, 10, 3, 4 itp.: B. 86ff., 77 N. 1; eod. 4, 4 'verum ob .... removeri' itp.; unmöglich B. 66ff.; vgl. auch ob. S. 19 N. 5) und generaliter stattfinden, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari (D. eod. 3, 12 itp.: B. 81f.), jedenfalls also bei — nur hier vorkommender — ignavia vel neglegentia (D. eod. 4, 4: s. ob.; 38, 17, 2, 41 'vel ob ... repulsi' itp.; vgl. B. 76f., bes. 77 N. 1), bei bloßer neglegentia (D. 27, 2, 6: s. ob.; Diocl. C. 5, 43, 9: 'non .... sunt' doch wohl itp.; Just. C. 5, 37, 28, 1; 5, 51, 13, 3), bei culpa (Inst. 1, 26, 6) oder

inopia, die der Tatbestand bietet, reichte, wie gerade Ulpian mehrfach hervorhebt[1]), keinesfalls hin. — Ebensowenig war der Tutor zum satis a contutore exigere imstande. Eine Initiative des Tutors im Hinblick auf die satisdatio rem pupilli salvam fore gibt es nur auf dem Gebiete, auf dem 'tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est' (Ulp. D. 26, 2, 17 pr.)[2]), und so besteht sie folgerecht bloß darin, daß der Tutor 'non petet satis a collega suo, sed offerre ei poterit, utrum satis accipere velit an dare' (Mod. D. 46, 6, 7)[3]). Wo hingegen — wie für die gesetzlichen oder die von höheren Magistraten sine inquisitione oder von Munizipalmagistraten[4]) bestellten Tutoren — eine

---

Unüberlegtheit (D. 26, 10, 3, 17 'inconsideranter' 'vel' itp.: vgl. B. 65 N. 1), ja bei jeder 'segnitia vel rusticitas inertia simplicitas vel ineptia' (D. 26, 10, 3, 18 'qui ... abeat' mit Hilfe von D. eod. 4 pr. eingefälscht; C. 5, 43, 5 'nihil segniter' itp. trotz B. 65 f.). Selbst inopia machte nun suspekt (s. folg. N.). Auch in C. 5, 47, 1 wird nicht bloß der Schlußsatz (P. Krüger z. d. St.) byzantinisch sein. Diese Andeutungen müssen hier genügen; namentlich für die Justinian sehr am Herzen liegende (etwa C. 5, 37, 28, 1; 5, 51, 13, 3; Inst. 1, 26, 2 i. f.; eod. 6) Infamiefrage ist kein Raum. — Einiges noch oben S. 19 N. 5.

[1]) D. 26, 10, 8 (von Solazzi, Min. età 270f. und Berger 59ff. ohne triftigen Grund beanstandet) und D. 42, 5, 31, 1 (im sachlichen Kern echt trotz Berger a. a. O., der aus 'solae' unrichtig argumentiert). Ebenso Gordian C. 5, 43, 6, 2 in Verb. m. § 1. Demgegenüber sind in Verfolg der in vor. Note geschilderten Entwickelung eingeschoben: in C. eod. 5 das auch falsch gestellte 'principaliter', in C. 5, 42, 2 pr. mindestens das Stück 'si inopia .... nota', dessen auf ein Nichtstun bezügliches facere schon an sich (Berger 66) auffällt. Wenn Berger 63, 78 die Beobachtung machte, daß eine Suspekterklärung wegen materieller Unsicherheit 'nur im besonderen Fall der contutores' begegne, so hätte er diesen Fall in Zweifel ziehen und nicht ruhig hinnehmen (61, 90) sollen. Im klassischen Recht war die paupertas Exkusationsgrund (Inst. 1, 25, 6) und überdies ein Anlaß, dem armen Tutor die Gestion, wenn überhaupt, so doch nicht ohne Kollegen (C. 5, 38, 1) zu übertragen.

[2]) D. h. bei testamentarischen und ex inquisitione (von höheren Magistraten) bestellten Vormündern: Lenel, Ed. 307, Taubenschlag 3.

[3]) Insoweit sicher echt und auch von Solazzi, Riv. 54, 17 (s. ferner Min. età 150, Riv. 53, 267, Taubenschlag 16 N. 59, Lenel, ZSSt. 35, 176 N. 1) nicht beanstandet; s. namentlich auch Inst. 1, 24, 1. — Vgl. ob. S. 16 N. 1.

[4]) Über ihre Zuständigkeit Rudorff, Vorm.-Recht I 354ff.,

Pflicht zur Sicherheitsleistung anerkannt ist, ist es überall der praetor[1]), proconsul[2]), magistratus (municipalis)[3]), decurio[4]), duumvir[5]), der satis, satisdationem, cautionem exigit (caveri curat) oder sich einer entsprechenden Unterlassung schuldig macht. Von dem Mitvormund ist die satisdatio weder entgegenzunehmen[6]) noch zu erzwingen. Die wenigen Stellen[7]), die im Widerspruch damit dem Kontutor ein satis exigere auferlegen und übrigens sämtlich die Pflicht zum Suspektmachen danebenstellen, sind interpoliert gleich unserem fr. 2, dessen Tatbestand die cautio non exacta ebenso wie in fr. 5 eod. nur der Magistrate wegen erwähnt.[8])

Erman, ZSSt. 15, 247ff., Mitteis, ZSSt. 29, 391ff.; dazu Paul. D. 50, 17, 105 (Rudorff III 170 N. 10).

[1]) Gai. I 199; darüber Kübler, Krit.Viert.-Schr. 52, 10f., Solazzi, Riv. 53, 282.

[2]) Ulp. D. 27, 10, 8 (curator).

[3]) Jul. D. 27, 8, 5; Ulp. D. eod. 1 §§ 2 i. f.; 7 (satisdationem trahere); 11 (jedenfalls die erste Verwendung echt: Beseler III 119); 12; 15; 17; Paul. D. 26, 7, 46, 6; eod. 53; vgl. auch Inst. 1, 24 §§ 2 i. f., 4 sowie für die Kuratoren Ulp. D. 27, 8, 1, 5; Mod. D. eod. 8 (dazu u. S. 39). Auch die passivischen Wendungen in Ulp. D. 27, 8, 2 (u. N. 8) und Paul. D. 26, 7, 53 (u. S. 42) gehören hierher. — Unecht ist Ulp. D. 26, 4, 5, 3 (Peters 229, Taubenschlag 16f., Solazzi, Riv. 53, 280f. und wohl auch Kübler 13).

[4]) Ulp. D. 50, 1, 2, 5. [5]) Ulp. D. 15, 1, 3, 13.

[6]) Das ist aus Ulp. D. 27, 8, 1, 15; D. 46, 6, 2. 3 (hierzu Solazzi, Bull. 22, 34ff.; 25, 98f.; Lewald, ZSSt. 34, 455) mit Sicherheit zu erkennen. — Auf ganz anderem Blatt steht die cautio rem pupilli salvam fore, die sich der eine Tutor gegen Überlassung der gesamten Verwaltung von dem anderen bestellen läßt: Marcell.-Ulp. D. 45, 1, 38, 20 (insoweit echt: vgl. auch Solazzi, Bull. 22, 40 N. 1), Tryph. D. 26, 7, 55, 2, C. 5, 46, 2 (a. 246). Das ist eine im privaten Interesse des einen erwünschte, von dem anderen freiwillig geleistete Satisdation, dazu bestimmt, den etwaigen Regreß gegen diesen zu sichern. Ihre Leistung hat für den Pupill kein Interesse, ihre Nichtleistung vermag die obligatio tutelae nicht zu berühren. Ähnlich die Kuratorenkaution in Pap. D. 26, 7, 39, 5 (dazu Lenel, ZSSt. 35, 181f. gegenüber Solazzi, Min. età 156f., Riv. 53, 267 N. 4). — Übereinstimmend zum Ganzen vgl. Solazzi a. a. O. 267f.

[7]) D. 26, 7, 9, 8 (u. S. 82); eod. 14 (u. S. 50f.); eod. 53 i. f. (u. S. 42); 27, 3, 1, 15 (u. S. 57f.) und die daraus entnommene Coll. de contut.

[8]) Darauf wieder nimmt der cum sciret-Satz Bezug (ob. S. 34 N. 1).

Allerdings erhalten die Schlußworte des fr. 2 eine Stütze durch das folgende fr. 3 (Jul. 21 dig.):

> Quod si tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum adversus magistratus actionem ei dari.

Aber dieses selbst ist verfälscht. Im Bereich des VIR[1]) begegnet sonst weder culpā vacare[2]) noch ab (hac) parte in dem hier geforderten Sinn von 'in (dieser) Beziehung'[3]). Auch würde Ulpian, wenn sein Fall schon dem Julian vorgelegen hätte, das sicherlich vermerkt und nicht mittels eines 'dicebam' sich allein in den Vordergrund gerückt haben.[4]) Den Ausschlag gibt die Unvereinbarkeit des Ganzen mit Ulpians apodiktischem 'numquam'.[5]) Die einzig verbleibende Frage, wo die Byzantiner denn den Urtext des fr. 3 vorgefunden haben könnten, ist nicht unlösbar. Streicht man die den Kern des justinianischen Gedankens bildenden Worte 'culpa' und 'ei' und schreibt man 'magistratum' an Stelle des durch fr. 2 hervorgerufenen Plurals, so braucht man das fr. 3 nur an den mit 'accessisset' endenden[6]) echten Text des fr. 5 eod. anzuschließen[7]), um eine logisch und juristisch willkommene, sprachlich einwandfreie Fortführung der julianischen Erörterung zu erhalten. Das 'ab hac parte' verweist dann ungezwungen auf 'in ea parte', und vacare a parte (administrationis tutelae) kann einer

---

[1]) Anders in der profanen Literatur: Cic. ad fam. 6, 3, 4.

[2]) VIR I 1077, 50; auch dolo vacare kommt nicht vor: VIR II 329; vgl. ferner Seckel-Heumann 'vacare'.

[3]) VIR I 57, 39; die übrigen Verwendungen von a parte betreffen die körperliche pars oder die Partei. Unecht ist 'in hac parte' in Ulp. D. 26, 7, 7, 2 i. f.: de Medio, Bull. 18, 262f.; P. Krüger z. d. St.; Mitteis, RPR. I 328 N.; Beseler I 93.

[4]) Das um so mehr, als er in den voraufgehenden allgemeinen Erwägungen (Ulp. fr. Arg. 11 und 12; dazu einstweilen Lenel, Sitzungsber. d. Berl. Akademie 1903, 936) des Julian mehrfach gedenkt.

[5]) Sachlich treffliche Erwägungen hierzu bei Faber a. a. O. 1007.

[6]) S. ob. S. 33.

[7]) Daß das fr. 3 ursprünglich den Schluß des fr. 5 gebildet habe, hat, wie ich nachträglich sehe, schon Faber a. a. O. 1007f. (wenngleich zweifelnd) bemerkt; ebenso (für das klassische Recht) Glück 32, 425ff.; Rudorff, Vormundschaftsr. III 158 N. 4. Die culpa des überlebenden Tutors bleibt ihnen aber nach wie vor der Angelpunkt. Für Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2 il fr. 3 'sarà magari genuino'.

Rechtssprache, die vacare a tutelis technisch gebraucht[1]), nicht ungeläufig sein. Auf die Frage, 'in magistratum . . . an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet' respondiert Julian zunächst 'aequius esse in alterum tutorem dari . . . . . .'. Ist aber (quod si) — was der Tatbestand nicht ausschließt — der Tutor von der dem Kollegen überwiesenen Verwaltung durch obrigkeitliche Genehmigung befreit (vacet), so 'non erit iniquum adversus magistratu(m) actionem dari'. Die Struktur ist mustergültig, der Sinn[2]) unantastbar. —

Durchaus auf dem Standpunkte Julians bewegt sich ferner die Andeutung des Paulus in D. 26, 7, 46, 1 i. f., der die Tutoren offenbar gerade ihres individuum officium und ihrer Ganzhaftung wegen den curatores bonorum[3]) gegenüberstellt.[4]) Desgleichen trägt Modestin (D. 27, 8, 8) kein Bedenken, die Lehren Julians und Ulpians auf die curatores minorum zu übertragen.[5]) Hinwiederum ist in Ulp. D. 26, 10, 5:

> Suspectus fieri is quoque, qui satis dederit vel nunc offerat, potest: expedit enim pupillo rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere: nec ferendus est contutor, qui ideo collegam suum suspectum non fecit, quoniam cautum erat pupillo.

der Schlußsatz, der den Anschein erweckt, als sei der Tutor für seinen Kollegen lediglich dann verantwortlich, wenn er es verabsäumt hat, ihn als suspekt zu postulieren, zweifellos interpoliert.[6]) Die klassische und in Inst. 1, 26, 12 allein

---

[1]) VIR I 17, 3ff.; vgl. auch Kalb, Jur. Lat. 2. Aufl. 33 N. 2.

[2]) Über ihn ob. S. 32.

[3]) Nicht etwa den Magistraten: vgl. Partsch, ZSSt. 29, 409 N. 5 und u. S. 83.

[4]) Diese Kuratoren werden aus dem Edikt D. 42, 5, 9pr. belangt (vgl. auch Solazzi, Riv. 54, 45f.) und haften daher als spezielle Geschäftsführer nicht für Unterlassungen (allgemein: Peters 269).

[5]) Gegen die Ersetzung der Kuratoren durch Tutoren, wie sie Solazzi, Min. età 150 (vgl. auch Partsch, Neg. gest. I 87) behauptet: Lenel, ZSSt. 35, 179f.; s. auch Peters 278 N. 2 a. E.

[6]) Ebenso Beseler III 81, Kübler, Berl. phil. Wochenschr. 1914, 1259; anders noch Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2.

erscheinende Begründung steht in Call. D. eod. 6. Daß sie nicht als hinreichend erachtet wurde, erklärt sich wohl aus der getrennten Bearbeitung der Sabinus- und der Ediktsmasse.

3. Ergänzt wird das bisher gewonnene Bild durch einige die Dauer des periculum tutelae betreffende Stellen, in erster Linie durch die Appellationsentscheidung des Paulus, über die er selbst in D. 26, 7, 53 in gedrängter Kürze berichtet. Die umfangreichen Lücken, zu deren Annahme die herrschende Lehre sich bezeichnenderweise genötigt sieht[1]), bestehen in Wahrheit nicht. Umgekehrt muß 'creatus', das, von einem Tutor gesagt, der klassischen Diktion fremd ist[2]), als ungeschicktes Glossem getilgt werden. Dann läuft (bis 'magistratuum') alles glatt. Aemilius Dexter war duplici ratione, also zugleich mit der actio tutelae und der actio subsidiaria belangt worden[3]): mit der letzteren, quod, cum magistratus esset et tutores dedisset, satisdationem non exegisset, mit der ersteren selbstverständlich, weil er eben als Tutor für alles einzustehen hatte[4]): diese Banalität zu erwähnen lag dem Klassiker fern.[5]) Von seiten des Beklagten wird entgegnet: licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelae finitae idoneos fuisse tutores neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere. Daß die actio

[1]) Vgl. Mommsens für das klassische Recht unannehmbare Konjekturen, die Lenel, Paul. Nr. 66 mit Fug nicht aufnimmt. Aber auch Lenel, ZSSt. 35, 156 glaubt noch an 'erhebliche Lücken'. Auf der Voreingenommenheit gegen die Gestionspflicht der Kuratoren beruht die Deutung und Rekonstruktion Solazzis, Min. età 62f., Riv. 54, 49f.

[2]) VIR I 1065, 17ff.; unecht ist wohl auch die einzige (VIR I 1043, 32) 'creatio' in dem auch sonst verfälschten (Rotondi, Bull. 25, 53) Pap. D. eod. 39, 6. Man vergleiche den Sprachgebrauch Justinians in Dig. Rubr. 49, 10; Inst. 1, 20, 4 (dazu Erman, ZSSt. 15, 248f., Kübler, ZSSt. 23, 513, Mitteis, ZSSt. 29, 394); eod. 5; C. 5, 37, 28 §§ 2a. 4; 5, 59, 5, 2; vgl. C. 5, 37, 25pr.; eod. 28, 2b und zahlreiche Kuratorenstellen bei Longo.

[3]) Wegen der prozessualen Behandlung ist Wlassak, ZSSt. 33, 125ff. heranzuziehen.

[4]) Für dieses 'duplex periculum' verweist Solazzi, Riv. 54, 49 richtig auf Paul. D. 26, 5, 28.

[5]) Trefflich gl. duplici ratione: una qua tutor fuit, et hanc non ponit, quia patet; altera quod cum etc.

subsidiaria hier beiseite bleibt, darf man der Parteiausführung oder, wenn man lieber will, der Kürze des Referats zugute halten. Der Gedanke ist der: Wäre der zahlungsunfähig gewordene Tutor zur rechten Zeit belangt worden, so würde Aemilius Dexter frei ausgegangen sein; wäre er selbst damals nomine alterius in Anspruch genommen worden, so hätte er von diesem Regreß nehmen können.[1]) Daß beide Auswege cessatione curatorum gesperrt sind, will er der sonst begründeten actio tutelae entgegenhalten können. Und wie späterhin (a. 241) Gordian im gleichen Falle reskribiert: 'vitium alienae cessationis ad dispendium tuum pertinere iuris ratio non patitur'[2]), wie noch ein halbes Jahrhundert weiter (a. 294) Diokletian verordnet: 'sane si is qui administravit tempore finitae tutelae fuit solvendo, secuti temporis periculum ad te pertinere non potuisse manifestum est'[3]), so erkennt schon Paulus das Berechtigte dieses Standpunktes an: 'si in diem finitae tutelae idonei permansissent tutores, licet et satis non esset exactum, curatorum esse periculum, si minus[4]), tutorum et[5]) magistratuum'.[6]) Die Haftung des Dexter als Tutor ist somit von eigenem Einzelverschulden[7]) nicht abhängig; erlischt sie (im Falle der nachträglichen Zahlungsunfähigkeit des Kollegen), so beruht das ausschließlich auf der ex fide bona zu berücksichtigenden cessatio curatorum. Dieses schlagende Ergeb-

---

[1]) Vgl. Konkurrenzrecht § 24.

[2]) C. 5, 52, 1 (höchstens unwesentlich verfälscht: Solazzi, Min. età 154 N. 1), übernommen von der Coll. de contutor., die aber — echt justinianisch — hineinliest, daß der Adressat aus einer besonderen 'negligentia' hafte. Viel klassischer reden Bas. 38, 14, 1 (Heimb. III 780; διοικήσαντες!).

[3]) C. 5, 36, 5, 1. Dieser Satz ist richtig, gleichviel ob der Adressat Gerent oder Zessant (im klassischen Sinne) war. Aber das principium beweist, daß er als 'tutor simpliciter datus' (vgl. D. 26, 7, 9, 9) gerierte und deshalb auch in Ansehung des augmentum primär haftete. Dies verkennt Solazzi, Min. età 247 N. 3, Riv. 54, 59, der im übrigen zutreffend gegen Binders 344 Interpolationsverdacht sich wendet und die curatores für unecht erklärt (hierzu auch Kübler, KritVS. 52, 16).

[4]) Also ist Mommsens Tatbestand unmöglich.

[5]) Subsidiär.

[6]) Über das entsprechende Recht der actio subsidiaria: Ulp. D. 27, 8, 1, 12.

[7]) S. ob. S. 21 bei N. 1.

nis wird ähnlich wie in D. 27, 8, 2 am Schluß in das Gegenteil verkehrt durch die[1]) Worte:

> hoc est tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.

Die hoc est-Anknüpfung[2]) und die Subjektlosigkeit des cum-Satzes wirken mit dem in Byzanz beliebten 'inveniri'[3]) mit Nominat. c. infin. zusammen, um von vornherein Verdacht zu erwecken. Von einem Grund zum suspectum facere (wieder ohne Objekt!)[4]) oder einer in dieser Hinsicht begangenen Nachlässigkeit erwähnt das ganze Fragment kein Wort. Das satis non exigere bietet, falls auf den Tutor bezüglich, einen undenkbaren Tatbestand[5]); soll es auf den Magistrat deuten[6]), so kann diese Zusammenschweißung des Rechtes zweier verschiedener Aktionen nur von einem Autor herrühren, der dem Aktionensystem fremd gegenüberstand.

Genau auf den Fall des hiermit beleuchteten Emblems verweist der Schluß von Papin. D. 26, 7, 39, 16:

> Tutor, qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur, ut is, qui non idoneum tutelae tempore suspectum facere supersedit.

Aber auch er ist (von 'ut' ab) unecht. Zu den alten Verdachtsgründen (Zahlungsunfähigkeit als Tatbestand der suspecti postulatio; fehlendes Objekt)[7]) gesellt sich die Stellung von 'tutelae tempore', die diese Worte mit 'supersedit' statt mit 'non idoneum' zusammenfügt, und das Wort 'supersedere' selbst[8]), das überwiegend in interpolierten Sätzen

---

[1]) Von Haloander getilgten.

[2]) Dazu namentlich Eisele, ZSSt. 11, 1ff.; Jörs, R.-E. V 528; s. auch Peters 250 N. 1.

[3]) Vgl. D. 18, 1, 57 pr. i. f. (itp.) und viele Stellen bei Longo h. v.

[4]) S. ob. S. 34 N. 5 — S. 36 N. 1. [5]) S. ob. S. 36f.

[6]) So viermal (bald aktivisch, bald passivisch) in den echten Sätzen; besonders sprechend: cum magistratus esset; vgl. auch gl. non exegisset. [7]) Ob. S. 34 N. 5 — S. 36 N. 1.

[8]) Auf dieses wie auf die ganze Interpolation weist bereits Taubenschlag 32 N. 21 hin, während Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2 und Berger, ZSSt. 35, 61 N. 3, 5 keinen Anstoß nehmen.

begegnet[1]) und an nicht weniger als drei weiteren Stellen[2]) in derselben Phrase buchstäblich wiederkehrt. Die Kompilatoren führen — von ihrem Standpunkt aus folgerichtig — den Fall, daß der Tutor die Belangung des zahlungsfähigen Erben des Kontutors (schuldhaft) unterläßt, auf den anderen Fall zurück, daß er den am Leben gebliebenen Kontutor (schuldhaft) nicht suspekt macht. Papinian konnte diesen Vergleich nicht ziehen, weil sein Fall ein ganz anderer war. In welchem Zeitpunkt der tutela durans der Kontutor oder sein Erbe zahlungsunfähig wurde, war für den Klassiker unerheblich: das 'periculum commune' führte stets dazu, daß der Tutor 'damni vicarius substituitur'. Gehalt gewinnen konnte jene Frage nur gegenüber dem — von Tribonian fahrlässig oder absichtlich mißverstandenen[3]) — Tatbestand, daß nach dem Tode des Tutors A nunmehr B zum Tutor bestellt wurde. Hier trifft den B für die vor seine Zeit fallende gestio natürlich kein periculum; insoweit haftet er vielmehr nur aus eigenem Einzelverschulden, und ein solches liegt in dem convenire nolle, das der cessatio curatorum des D. eod. 53 haarscharf entspricht. Wäre der Erbe von vornherein nicht idoneus gewesen, so hätte der Mündel, falls etwa der Magistrat die erforderliche Sicherstellung nicht veranlaßt hatte, sich an diesen halten können, von dem dann gegolten hätte, was Paulus (fr. 53) von den tutores et magistratus sagt.

Hiernach bietet auch Pap. D. eod. 39, 10 keine Schwierigkeit mehr:

> Tutoribus idoneis diem functis vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat, quod non habuit locum officio tutelae manente.

---

[1]) Unter den von Kalb, Roms Juristen 110f. und Costa, Papiniano I 312f. angef. Fragmenten sind außer den in folg. Note genannten sicher interpoliert: Ulp. D. 4, 3, 1, 6 (Beseler III 113) und Ulp. D. 10, 4, 9, 4 (Beseler I 38ff.). Zu Justinians Sprachgebrauch: Longo, Bull. 10, 537.

[2]) D. 26, 7, 7, 14 (u. S. 44 N. 4); eod. 9, 8 (u. S. 82 N. 5); 46, 6, 12 (u. S. 78 N. 2).

[3]) Daß die Pandektistik sich dann diesem Mißverständnis anschloß, ist für sie kaum ein Vorwurf; vgl. den Casus der Glosse z. d. St.

Wenn auch alle Gerenten[1]) primär füreinander einzustehen haben und in solidum tenentur, so ist doch, solange sie alle zahlungsfähig sind, das alterius nomine bestehende Risiko (periculum) eines jeden im Ergebnis gleich Null.[2]) Dieser Zustand versteinert sich mit der Beendigung der Tutel, mag sie infolge pubertas pupilli (Paul. fr. 53), mag sie infolge Ablebens der Tutoren (Pap. hier) eingetreten sein. Also[3]) können die Erben des einen die Haftung für die spätere Zahlungsunfähigkeit der Erben des anderen Tutors ebenso ablehnen, wie es in fr. 53 der Aemilius Dexter tutor tut.

4. Wie der Tutor für die Hauptschuld des Kontutors haftet, so für deren Zinsen. Das erklärt Ulp. D. 26, 7, 7, 14 unter Berufung auf Papinians liber XII quaestionum. Aber die Entscheidung weist das durch Objektlosigkeit und supersedere[4]) gekennzeichnete Emblem 'si suspectum facere supersedit' auf.[5]) Das Verfehlte dieser Worte erhellt auch daraus, daß im Hinblick auf die Schuldfrage für die Zinsen nichts anderes gegolten haben kann als für das Kapital. Sollten — wofür sachlich gar kein Raum war — die materiellen Voraussetzungen der Verurteilung durchaus erwähnt werden, so hätte dies unbedingt bereits im Tatbestand geschehen müssen.

Wortreicher, aber mit derselben Tendenz haben die Byzantiner in C. 5, 56, 2 (a. 224) an den Satz:

> Eius, quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere dubium non est

die Tirade angefügt[6]):

---

[1]) Hierauf ist mangels Zusatzes und mit Rücksicht auf den folgenden § 11 der § 10 zu beziehen.

[2]) Analog ob. S. 22 bei N. 1.

[3]) Daß dies Papinians Gedankengang war, zeigt die Begründung (quod=weil), die Solazzi, Riv. 54, 40 nicht berücksichtigt.

[4]) S. ob. S. 43 N. 2.

[5]) Zutreffend Taubenschlag 32 N. 21, anders Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2 und Berger, ZSSt. 35, 61 N. 2. — Auch gegen das Folgende, das die einheitliche administratio in einzelne administrationes zu zerlegen scheint, bestehen schon aus sprachlichen Gründen schwere Bedenken.

[6]) Keinen Verdacht äußern Solazzi, Min. età 102 N. 2, Riv. 54, 47 N. 2 und Berger 62.

quamvis aliis pro participe muneris necessitas solutionis inrogetur, quia id non alias contingit, quam si cessatio contutoris in suspecto faciendo imputari possit.

Den unklassischen Verfasser erweist eine Fülle von Merkmalen[1]: die unlateinische Häufung der Substantive, das 'quamvis' an Stelle von 'etiamsi', das mit 'necessitatem imponere'[2] verschwisterte 'nec. inrogare'[3], der 'particeps muneris' als Seitenstück zu dem in C. 5, 62, 7 interpolierten[4] 'particeps in munere', die Objektlosigkeit des 'suspectum facere', das berüchtigte 'imputare'[5] (obendrein ohne Dativ), das sichtliche Nachhinken des Ganzen, dessen quamvis-Stück vor, dessen quia-Stück hinter den echten Rest gehört hätte.

5. Von der Gesamtwirkung befreiender Tatbestände handelt je ein Fragment von Papinian und Paulus. Paul.[6] D. 26, 7, 45:

Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. idemque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum res publica convenit. sed haec in magistratibus tractavi, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo: quod non ita est. nam si uterque idoneus est, electio locum non habet: is autem, qui tempore liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit: habet enim quod obiciat petitori.

Unmittelbar von Tutoren[7] spricht nur der erste Satz. Er leitet zu dem argumentum e contrario, daß ohne die Befreiung des einen Tutors der andere ohne weiteres (also

---

[1]) Viel klarer ist die einheitlich niedergeschriebene Fassung der Basil. 38, 17, 2 (Heimb. III 783).

[2]) Vgl. Gradenwitz, ZSSt. 23, 339; Seckel-Heumann, 'necessitas' 1 a. E.

[3]) Zu irrogare Levy, Sponsio 100 N. 1.

[4]) Peters 240; Solazzi, Min. età 182, 218.

[5]) S. ob. S. 34 N. 3.

[6]) Versehentlich sehen Faber, Conj. 17, 11 a. E. und Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 453 Papinian als Autor an.

[7]) gerierenden, wie mangels Zusatzes anzunehmen ist; anders Binder 296.

ohne Voraussetzung eines eigenen Einzelverschuldens) illius nomine hätte belangt werden können. Die hier gemeinte Befreiung wirkt, wie Inskription[1]) und Wortlaut lehren, nur im Wege der exceptio doli. Das im Verein mit dem sonst nicht verständlichen illius nomine enthüllt als liberierenden Faktor ein pactum de non petendo[2]): würde das pactum nicht, soweit lediglich ein Verschulden des befreiten Tutors in Betracht kommt, auch zugunsten des anderen Tutors wirken, so wäre wegen des dem letzteren in diesem Falle[3]) zustehenden Regresses die von den Paziszenten verfolgte Absicht nicht erreicht[4]); also tritt die exc. doli in die Bresche.

Gleiches gilt, wenn man an die Stelle der Tutoren Magistrate und damit an die Stelle der actio tutelae die actio subsidiaria setzt. So Paulus, dem die in jeder Beziehung unmöglichen Worte 'quorum alterum res publica convenit'[5]) erst von einem ahnungslosen Glossator unter-

---

[1]) Lenel, Paul. Nr. 1389: de doli mali exceptione; s. auch Binder 182 N. 44.

[2]) Ebenso Fitting, Correalobl. 48 N. 52. Dagegen Binder 179ff., bes. 182ff., der an Akzeptilation denkt. Aber das 'liberasset' zwingt zu dieser Auslegung nicht. Binders (182ff.) Versuch, acceptilatio und exceptio unter Hinweis auf D. 46, 4, 13, 7; eod. 19pr. miteinander in Einklang zu setzen, wäre an sich diskutabel. Indessen bleibt immer noch 'illius nomine' übrig, über das Binder 182, 298 Note, obwohl er es als echt anerkennt (341), wegen der gesamtbefreienden Wirkung der Akzeptilation hinweglesen zu können meint, ohne zu bedenken, daß diese Worte nicht in dem durch die Zufälligkeiten der quaestio gestalteten Tatbestand, sondern in der Entscheidung stehen.

[3]) Und nur in diesem Falle: Konkurrenzrecht § 24.

[4]) S. etwa Levy, Sponsio 178f. mit Liter.; vgl. auch Binder selbst 192, 284 N. 15 sowie Kübler, Berl. phil. Wochenschrift 28, 530f. Gegenüber Mitteis' Bedenken (ZSSt. 33, 202f.) s. Beseler, Beitr. III 3.

[5]) Ihnen vermag auch Mommsens Konjektur nicht aufzuhelfen. Schon sein Tatbestand würde — trotz Pernice, Lab. II 2, 179 N. 2 — an Ulp. D. 50, 8, 2, 8 scheitern. Der Gemeinde gegenüber ist ein benef. divisionis sonst nirgends bezeugt, die in Pap. D. 50, 1, 11pr. i. f. verordnete Teilhaftung aber interpoliert (u. S. 85). Wollte man aber selbst mit dieser Teilhaftung Ernst machen, so würde ihr Sinn doch der sein, daß der eine Magistrat nomine des anderen überhaupt nicht einzustehen habe: also fiele auch von hier aus der Tatbestand ins Leere. Erklären läßt sich das Emblem wohl nur so, daß der Glossator zwischen

geschoben worden sein können, von demselben vielleicht, dem das unerträgliche 'tempore'[1]) hernach zur Last fällt. Aber trefflich schränkt Paulus die Tragweite dieser Analogie ein: da die Magistrate bei beiderseitiger Zahlungsfähigkeit ein beneficium divisionis genießen[2]) und die Befreiung des einen dessen etwaige Insolvenz unerheblich macht, so kann sich die Belangung des anderen 'illius nomine' nur noch im Bereich des Restes der dimidia pars abspielen.[3]) Ein überaus logischer Gedankengang, der in seinem Kern[4]) gar nicht gefälscht sein kann.[5]) Für uns ist er auch deshalb bedeutsam, weil nach ihm die Gleichsetzung eines Konkurrenzverhältnisses mit dem zwischen (gerierenden) Tutoren in des Paulus Augen implicite die Annahme enthält, daß 'duo rei eiusdem debiti essent omnimodo'. Das besagt mit einem Schlage: Mehrere dieselbe Tutel gerierende Tutoren stehen in eadem re und haben kein benef. divisionis.[6])

---

dem Pupillenfall und den Magistraten keine Brücke fand und deshalb nachhelfen zu müssen glaubte — in einer Weise, die den Byzantinern bei ihrer flüchtigen Durchsicht keinen Anstoß erweckte.

[1]) Hierzu Schmidt, Interdiktenverf. 202 N. 20. Der Wegfall des Wortes entspricht am besten dem allgemeinen Sinn des Satzes und dem zusatzlosen liberasset im Anfang. Deshalb ist ein Abschreiberversehen, wie man es meist vermutet (Cujaz, Rudorff, Wieding, Mommsen, Lenel) weniger wahrscheinlich. Binder 297 N. 4 nimmt Verfälschung an statt 'litis contestatione'; aber — von allem anderen abgesehen — wird durch die Streitbefestigung der Beklagte nicht befreit; auch hat er keine Ähnlichkeit mit dem qui satisfecit. Letzteres auch gegen Solazzi, Riv. 54, 45.

[2]) Nur dies bedeutet 'electio locum non habet'; anders Eisele 453, Binder 345; Näheres: mein Konkurrenzrecht § 3; s. auch ob. S. 30 N. 6, unt. S. 70 N. 4. Zur Sache selbst: Cels. D. 27, 8, 7 und C. 5, 75, 3 (a. 238); dazu Konkurrenzrecht § 29, vgl. insoweit auch Binder 298f.; unzutreffend zum fr. 45 Eisele 458 Note.

[3]) in dessen Höhe der nicht befreite Magistrat immer noch einen Regreß haben könnte.

[4]) Das triviale 'habet enim quod obiciat petitori' dürfte eher Glossem als Interpolation (so Binder 297 N. 4) sein.

[5]) Durchaus unzutreffend Binder 296ff., der 'quod non ita est — locum non habet' durchweg für interpoliert zu halten scheint. Noch weiter geht Solazzi, Riv. 54, 45, der schon von 'sed haec' ab alles für verfälscht erklärt und im Anfang lesen will: Si pupillus alterum ..... convenisset, improbe alterum conabitur interpellare.

[6]) Insoweit ebenso Binder 341f., 345.

Das fr. 45 ermöglicht es auch, die Spreu vom Weizen zu sondern in Papin. D. eod. 41:

> Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere. quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.

Wäre dem Legatar liberatio relicta, so würden die Kontutoren genau entsprechend dem fr. 45 illius nomine mit Erfolg (recte) nicht belangbar sein. Da aber das vorliegende Legat das, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, nicht berührt[1]), so haften insoweit der Legatar und folgeweise die übrigen Tutoren. Die diese Haftung einschränkenden Worte 'qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa' erregen Bedenken: sie bringen in der Entscheidung eine dem Tatbestand fremde Tatsache nach; sie setzen einen dolus des Legatars voraus[2]), auf den die Stelle gleichfalls kein Gewicht legt[3]); sie machen sich durch das Fehlen des zu suspectum gehörenden Substantivs und das sonst nirgends vorkommende[4]) ex culpa convenire auch äußerlich verdächtig. Ohne Zweifel haben die Kompilatoren 'die eigenartige Kontrollpflicht der Mitvormünder'[5]) und ihre schuldhafte Verletzung hier wiederum eingeflickt, nicht ohne zugleich die Subsidiarität der Haftung derartiger 'Nichtgerenten'[6]) zu betonen[7]): das in Papinians Gedankengang nicht passende[8]) 'qui solvendo non fuit' weist deutlich auf sie hin. Der mit 'tutor enim' beginnende Schluß[9]) verschiebt den Ton des Ganzen[10]); dem 'enim' zum Trotz bringt er keine

---

[1]) Weitere Belege dazu bei Kübler, Berl. Festg. f. Gierke, S. A. 15.

[2]) S. ob. S. 34 N. 5 — S. 36 N. 1.

[3]) Sonst könnte sie nicht der Haftung aus dolus die Haftung aus percipere gleichsetzen; dies gegen Solazzi, Min. età 260 N. 4.

[4]) VIR I 1078, 2. [5]) Mitteis, RPR. I 328f. N. 42 zu 4.

[6]) Im Sinne der Coll. de contut. (ob. S. 24f.).

[7]) Vgl. ob. S. 25.

[8]) Richtig Binder 340, anders Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2.

[9]) Ihn streicht auch Solazzi (vor. Note).

[10]) Sachlich ist er nicht falsch: s. u. S. 75 N. 4.

Begründung, sondern die überflüssige Umkehrung des vorangegangenen quod-Satzes. Wiederum ist 'ex culpa teneri' *ἅπαξ λεγόμενον*[1]) und damit der gemeinsame Ursprung der unechten Stücke auch äußerlich angedeutet.

6. Das klassische Recht hat bekanntlich einen tutor propter rerum[2]) (rei)[3]) notitiam oder notitiae causa[4]) (gratia)[5]) datus, der ad instruendos contutores datur. Um seine Haftung zu bestimmen, brauchte man nur die Frage zu entscheiden, ob das instruere ein gerere und ob er daher zum universa negotia curare verpflichtet sei. So respondiert denn auch Paulus in D. 26, 2, 32, 1:

> eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde in omnibus et administrationis et cessationis(?)[6]) iure conveniri posse atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

Auch der tutor notitiae gratia datus haftet also auf das Ganze und zwar als Gerent primär, als Zessant subsidiär. Ein Einzelverschulden kommt nicht in Betracht. Trotzdem soll Alexander Severus (C. 5, 38, 1; a. 226) verordnet haben:

> Et qui notitiae causa liberti tutores dantur, quamvis soli administrandorum negotiorum pupillorum sive adultorum facultatem interdum non accipiant propter tenuitatem sui patrimonii, periculo tamen omnes sunt obligati, sive ea, quae scire deberent ex utilitate eorum, tutores sive curatores dissimulaverunt aut fraudem aliquam adhibuerunt vel cum aliis participaverunt aut, cum suspectos facere deberent, in officio muneris vel obsequio debito cessaverunt.

Indessen kommt auf die Rechnung des spätklassischen Kaisers lediglich der bis auf 'sive adultorum'[7]) und 'interdum' einwandfreie Anfang, der in Übereinstimmung mit Paulus das 'periculo omnes sunt obligati' sanktioniert. Das wird durch den unter dem Deckmantel einer Beispielsreihe auf-

---

1) VIR I 1078, 5. 2) Paul. D. 26, 2, 32, 1.

3) Ulp. D. 27, 3, 1, 7. 4) C. 5, 38, 1.

5) Ulp. D. 46, 3, 14, 6 (in § 1 eod. beruht die Erwähnung auf einem Glossem: Mommsen z. d. St., Lenel, Ulp. Nr. 2737).

6) Vgl. ob. S. 29 N. 2. 7) Vgl. Solazzi, Min. età 89f., 165.

tretenden Fortgang der Stelle ins Gegenteil verkehrt: aus dem universalen periculum tutelae wird das Einstehen für lauter eigene Sonderculpae. Nach sprachlichen Symptomen ist nicht lange zu suchen. Auffällig ist die inkonzinne Häufung von Alternativpartikeln[1]):

I. sive .... sive .... Verbum,
II. aut .... Verbum .... vel .... Verbum,
III. aut .... vel .... Verbum.[2])

Die erste Alternative zeigt den Bruch auch durch das neue Subjekt tutores vel curatores, das zudem ganz ungeeignet ist, den Gegensatz zu den notitiae causa-Tutoren zu bezeichnen.[3]) Auf die letzteren hinwiederum müssen aller Syntax zum Trotz die anderen Alternativen bezogen werden. Die rhetorische Doppelgliedrigkeit adhibuerunt — participaverunt, officio muneris — obsequio debito ist ebenso wie das abermals[4]) objektlose suspectos facere der klassischen Sprache fremd.

7. Nach alledem wird nicht in Abrede zu stellen sein, daß auch der bisher nicht verdächtigte[5]) allgemeine Grundsatz, den wir in Paul. D. 26, 7, 14 lesen, byzantinisches Recht wiedergibt:

Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere: nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.

Es ist kein Wunder, daß das klassische Breve 'etiam contutoris factum imputatur collegae'[6]) die Kompilatoren an-

---

[1]) Dazu etwa Eisele, Beiträge 240f.

[2]) Gegenüber diesem Grade von Inkongruenz greifen die von Berger, KritViertSchr. 50, 440, ZSSt. 36, 180 geäußerten Bedenken nicht durch.

[3]) Solazzi, Riv. 53, 274 N. 1 will nach Streichung von 'tutores sive curatores' als Subjekt 'liberti' beibehalten. Aber dazu paßt weder scire deberent (statt scirent) noch eorum. — Binder 344 beanstandet nichts.

[4]) S. ob. S. 34 N. 5.

[5]) S. etwa Ascoli, Obbl. sol. 18, Binder 337 N. 24, Taubenschlag 32 N. 21, Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2; selbst Beseler III 125 erklärt ein non liquet. [6]) Vgl. ob. S. 21 N. 4.

regte, auch ihrerseits ihren Standpunkt prinzipiell zu formulieren. Wieder verwandelt sich die Haftung für fremdes factum in eine Haftung für eigene Einzelschuld, und vergebens fragt man insbesondere, wo denn im Tatbestand des unterbliebenen satis petere das factum contutoris stecken soll. Auch innerhalb des Emblems begegnen wir Verdachtsmomenten, altbekannten und anderen: den beiden justinianischen Musterbeispielen für das Einzelverschulden des Kontutors[1]), von denen das erste wieder das Objekt zu suspectum facere vermissen läßt[2]) und das zweite sachlich unklassisch ist[3]); dem überflüssigen, hernach nicht festgehaltenen 'potuit et'; dem substantivlosen 'idoneus'; dem ohne 'facultatibus' doch wohl ungewöhnlichen 'labi'[4]); endlich der unlogischen Verwendung des 'interdum': gemeint ist, daß der Tutor nur bisweilen zum satis petere verpflichtet sei; zum Ausdruck gebracht dagegen, daß er nur bisweilen für die Unterlassung des ihm obliegenden Kautionsbegehrens hafte.

8. Eine eigenartige und kennzeichnende Ergänzung des Ganzhaftungsprinzips scheint der Entscheidung zugrunde zu liegen, die in Paul.[5]) D. 26, 7, 46, 6 überliefert ist:

> Cum testamento duo tutores dati essent pupillo et alter ex his vita defunctus fuisset, in locum eius petente matre ex praesidis provinciae praecepto a magistratibus alius tutor datus est, a quo magistratus satis exegerunt rem salvam fore: tutor testamento datus postea datum suspectum fecit: quaesitum est, in quantum teneatur. Paulus respondit tutorem testamento datum pro ea parte conveniri oportere, pro qua parte administravit: pro contutoris autem portione prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt vel magistratus qui eum dederunt: tunc si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quaerendum, an suspectum facere debuerit, praesertim cum suspectum quoque eum postulasse dicatur. alias quidem cum magistratus plures tutores dant,

[1]) S. ob. S. 25. [2]) Ob. S. 34 N. 5. [3]) Ob. S. 36 f.

[4]) Vgl. Seckel-Heumann h. v. l.

[5]) Nicht Papinian, wie VIR V 251, 24; 255, 40 angibt.

non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussi fuerint: in proposito cum unus a magistratibus datus proponeretur, non est visum prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit et testamento datus est, perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent.

Von zwei tutores testamentarii, deren Gestionsgebiete nicht gesondert waren[1]), war der eine nach seinem Tode durch einen von den Magistraten bestellten Tutor ersetzt worden, den der übriggebliebene Testamentstutor jedoch trotz geleisteter satisdatio rem salvam fore[2]) als suspekt postulierte. Die Haftung des Testamentstutors verneinen sowohl Paulus wie Justinian; daß aber ihre Gründe nicht dieselben waren, macht schon die äußere Gestaltung des Textes wahrscheinlich. Auch sachlich trennen sich alsbald ihre Wege. Für die Byzantiner war, wie auch der Tatbestand im übrigen liegen mochte, damit, daß der Testamentstutor den anderen suspectum fecit, der Fall ohne weiteres zu seinen Gunsten erledigt[3]), und es ist bezeichnend genug, daß sie, um diesen Standpunkt zu unterstreichen, sich nicht scheuen, mitten zwischen Entscheidung und Begründung die Frage aufzuwerfen, wie denn der entgegengesetzte, tatbestandswidrige Fall, daß das suspectum facere unterblieben wäre, zu entscheiden sei. Daß das Stück 'tunc .... dicatur' von ihnen stammt, sollte schon aus diesem Grunde nicht bezweifelt werden[4]). Auch ist die hier ausgesprochene Subsidiarhaftung nur mit dem byzantinischen Begriff des non gerere[5]) vereinbar[6]), und formell macht das 'ob er (wen?)

[1]) Anders die Glosse. Aber von einer divisio tutelae weiß der Tatbestand nichts. Auch wäre die Entscheidung dann selbstverständlich und die ganze Begründung unbegreiflich, insbesondere der Gegensatz zwischen dem alias-Stück und dem in proposito-Stück und die Fiktion am Schlusse (ac si!). Vgl. auch Basil. 37, 7, 45, 6 (Heimb. III 666).

[2]) Vgl. D. 26, 10, 5. 6 (oben S. 39f.).

[3]) Die in D. 26, 7, 14 (oben S. 50f.) ausgesprochene Haftungsbeschränkung galt, wenn schon bei Gleichheit der Delationsgründe, so erst recht im Falle ihrer Verschiedenheit.

[4]) Solazzi, Riv. 54, 47ff. tilgt es erst von 'an suspectum' ab.

[5]) S. ob. S. 24f.

[6]) Für das justinianische Recht s. auch noch u. S. 56 N. 4.

hätte suspekt machen müssen, zumal gesagt wird, daß er ihn (wen?) auch (quoque!) als suspekt postuliert habe' jeden Zusatz unnötig.[1]) Von derselben Hand stammt das hernach folgende 'et suspectum fecit et', das wiederum — aber in beachtenswertem Gegensatz zu der entsprechenden Wendung des Tatbestandes — des Objekts ermangelt[2]); das die Gegenüberstellung a magistratibus datus — testamento datus verschleiert und zu dem 'prius' überhaupt nicht paßt: weder vom Standpunkt des Klassikers aus noch von dem — richtig durchgedachten — des Kompilators.

Je belangloser hiernach für Justinian die Verschiedenheit der Delationsgründe war, um so höhere Bedeutung muß sie für die Rekonstruktion gewinnen. Wenn jedoch die herrschende Lehre aus den Schlußworten des Paulus die Folgerung zieht, daß verschiedenartig bestellte Tutoren 'als Vormünder anzusehen waren, zwischen denen die Vormundschaft geteilt ist'[3]), so ist das unannehmbar. Wäre dieser Satz richtig, so würde sich aus ihm die Nichthaftung pro contutoris portione unmittelbar ergeben und das Tatbestandsmoment 'suspectum fecit' überflüssig sein. Auch würde eine solche nach keinem sachlichen Gesichtspunkt vorgenommene und in ihren Teilen gar nicht bestimmbare divisio aller Vernunft spotten und namentlich dem klassischen Recht widerstreiten, das die divisio tutelae nach Voraussetzung und Wirkung wohlweislich so scharf präzisiert.[4]) Schließlich widersetzt sich Paulus selbst einer derartigen Deutung, die mit seinem 'dimidias'[5]) nichts anzufangen weiß. Warum die Verschiedenheit der Berufungsgründe just eine Halbierung der Administration hervorrufen soll und nach welchem Maßstab (Kopfteile? Gestion?) die Hälf-

---

[1]) Dieses Emblem hat wahrscheinlich in dem voraufgehenden inkorrekten 'vel' seinen Schatten vorausgeworfen. Statt 'vel' schrieb Paulus vielleicht 'tum'.

[2]) S. ob. S. 34 N. 5.

[3]) Glück, Pand. 30, 394 (auch 391 ff.) im Anschluß an Cujaz, opp. VI (Mutin. 1778) 552f., ebenso noch Solazzi, Riv. 54, 49; vgl. auch Min. età 97, 102 N. 5 und Berger, ZSSt. 35, 61. 90.

[4]) Zu alledem u. S. 75 ff.

[5]) Echt: denn an das benef. divisionis können die Kompilatoren in diesem Insolvenzfalle nicht gedacht haben.

ten zu ermitteln seien, dürfte wohl ein Geheimnis bleiben. Der Gegensatz zwischen 'pro qua parte administravit' und 'in partes dimidias' ist, soviel ich sehe, nur auf einem, aber plausiblen Wege zu überbrücken: der eine Tutor haftet für den anderen nicht; und so sind sie (dieserhalb)[1] im Effekt ebenso zu beurteilen wie zwei Tutoren, deren Verwaltungsbezirke je die Hälfte der Gesamtverwaltung ausmachen. Was Paulus bringt, ist also beileibe keine Gleichsetzung beider Fälle, sondern lediglich ein Vergleich, der die Nichthaftung des Testamentstutors in proposito durch Heranziehung des typischen Falles einer solchen Nichthaftung ins Licht setzen soll.

Wie nun der Klassiker diese Nichthaftung begründet hat, darüber ist mehr als eine Vermutung nicht möglich. Sie darf nur dann Anspruch auf Wahrscheinlichkeit machen, wenn sie sowohl die Differenz der Berufungsgründe wie das suspectum fecit verwertet und überdies mit Begriffen arbeitet, die den Kompilatoren Anlaß zur Tilgung geben mußten. Einzuordnen ist die Begründung am besten zwischen 'datus est' und 'perindeque', wo eine Lücke in der Überlieferung kenntlich wird, wenn man bemerkt, daß das negative 'non est visum' nicht das regierende Verbum zu 'perindeque habendos . . . . . .' gewesen sein kann. Wären — so wird Paulus auf den Regelfall zurückgegriffen haben — beide Tutoren von den Magistraten bestellt worden, so würden diese erst omnibus tutoribus excussis[2]), also[3]) erst dann belangbar gewesen sein, wenn auch der überlebende Tutor in solidum herangezogen worden wäre; auch das suspectum fecisse hätte hier an der Ganzhaftung nichts geändert.[4]) In proposito hingegen, cum unus a magistratibus datus proponeretur, liegt die Sache in vielen Beziehungen anders. Zunächst kann von einer Notwendigkeit, den Tutor vor dem Magistrat zu belangen (prius collegam conveniendum),

---

[1]) Alle weiteren Schlüsse, die man für die tutela divisa aus unserem Fragment hat ziehen wollen, sind also hinfällig.

[2]) 'Excussi' ist echt; s. ob. S. 23 N. 1; unzutreffend Solazzi, Riv. 54, 47, der 'conventi' lesen will.

[3]) Diese Folgerung wird durch den Zusammenhang unabweislich.

[4]) S. das Folgende.

keine Rede sein, weil das trajanische Senatuskonsult, wie es überhaupt nur auf kautionspflichtige Tutoren Bezug hat[1]), so auch die vorherige Exkussion eines Tutors 'qui testamento datus est' gar nicht verlangt. Darüber hinaus fehlt es aber sogar an den Voraussetzungen, die in jenem Regelfalle die Haftung überhaupt erst begründen. Von den beiden hierher gehörigen Grundsätzen[2]) ist nämlich der eine (alterius factum alteri quoque nocet) deshalb nicht verwendbar, weil eandem tutelam gerere wohl nur dann eadem res bildet, wenn die Tutoren aus demselben Grunde berufen sind.[3]) Der andere Grundsatz (das universa negotia curare debere), der ja lediglich auf dem gerere der ungeteilten Tutel beruht[4]), greift zwar Platz, aber er schließt von selbst die Möglichkeit einer Exkulpation in sich. Die Haftung nomine collegae beruht, wie gezeigt, ganz und gar nicht auf der Pflicht zum suspectum facere, aber sie ist hier notwendig davon abhängig, daß der Tutor 'intervenire et prohibere eum potuit'.[5]) Hat der Testamentstutor alle Geschäfte möglichst selbst in die Hand genommen und die Betätigung des Kontutors dadurch zu unterbinden gesucht, daß er ihn als suspekt postulierte, so hat er jenes debere erfüllt. Wie der schuldlose Zessant die actio utilis vermeiden kann[6]), so der schuldlose Gerent die Haftung für den nicht mit ihm in eadem re stehenden Kontutor.

Mit dem fr. 46 § 6 wird regelmäßig zusammengestellt Ulp. D. 27, 3, 1, 15:

> Usque adeo autem ad contutores non venitur, si sint solvendo contutores, ut prius ad magistratus qui eos dederunt vel ad fideiussores veniatur: et ita imperator noster Ulpio Proculo rescripsit. quod enim Marcellus libro octavo

---

[1]) Das versteht sich schon aus inneren Gründen (vgl. etwa Ulp. fr. Arg. 12 i. f.) und wird durch Just. C. 5, 59, 5 pr. i. f. bestätigt; dazu Faber, Jur. pap. scient. 12, 3, 2 (p. 760f.), Glück 30, 357.

[2]) Vgl. ob. S. 21 N. 4.

[3]) Das ist zwar quellenmäßig nicht erweisbar, aber innerlich durchaus wahrscheinlich; s. auch Konk.-R. § 24. [4]) S. ob. S. 33.

[5]) So für die curatores kalendarii Papir. Justus in D. 50, 8, 12, 5; dazu u. S. 83 N. 4.

[6]) S. ob. S. 17 N. 4, 5.

digestorum scripsit quodque saepissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui dederunt veniri, sic erit accipiendum, si non contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere vel satis exigere noluit.

Selbst für das justinianische Recht bietet dieses Fragment die erheblichsten Zweifel. Im Anfang hat die Vulgata übereinstimmend mit den Basiliken[1]) die an sich einleuchtendere Lesung: si solvendo tutores non sint, aber der gegenteilige Text der Florentina ist einwandfrei überliefert und wird von der Collectio de contutoribus[2]) entscheidend bestätigt. Am Schlusse steht ein 'non'[3]), das, wenn man unbefangen liest, zum Ausdruck bringt, daß in den dort genannten beiden noluit-Fällen der Kontutor noch hinter den Magistraten gehaftet hätte. Dem folgen in der Tat einige wenige Schriftsteller, indem sie diese Worte auf eine tutela divisa beziehen.[4]) Aber das Gegenteil hält nicht nur die Glosse für allein möglich[5]), haben nicht nur die Basiliken[6]) sanktio-

[1]) 38, 3, 1 (Heimb. III 714).

[2]) Vgl. den sogleich abgedruckten Passus.

[3]) Übersicht über die gemeinrechtliche Literatur zu den beiden streitigen 'non' bei Glück 397 N. 65, 398 N. 66.

[4]) So Faber, Jur. pap. scient. 12, 7, 71 (p. 897f.) und Solazzi, Riv. 54, 47. 53f. (gegenüber Min. età 59 N. 3, 102 N. 2). Aber dem Ausspruch des Marcellus kann nur die ungeteilte Tutel zugrunde liegen. Das erkennt die Pandektendoktrin an, die nur den Anfang des fr. von (bindender) Teilung versteht (statt aller s. Glück 399ff.). Indessen ist es überaus fraglich, ob Justinian in seinen beiden Haftungsfällen (D. 26, 7, 14) wirklich nur bei ungeteilter Tutel die Reihenfolge: Kontutor — Magistrat, bei geteilter Tutel dagegen die entgegengesetzte Reihenfolge angeordnet hat (so ferner Glück 395f., Rudorff III 173f.). In unserem § 15 verlautet von einer Teilung nichts, und die collectio widerspricht ausdrücklich. In den Emblemen der eine Teilung oder Ähnliches voraussetzenden Stellen (vgl. u. S. 77ff., 72 N. 10) wird die vorgängige Belangung der Magistrate teils ausgeschlossen (D. 46, 6, 12 Mitte), teils wenigstens nicht erwähnt (D. 26, 7, 3, 2; eod. 9, 8; C. 5, 52, 2, 1), und das einzige das Gegenteil nahelegende Einschiebsel (D. 26, 7, 46, 6: tunc si . . . .) ist in seiner ganzen Anknüpfung so verunglückt (s. ob. S. 52f.), daß ein Versehen der Kompilatoren nicht auszuschließen ist. Die Reihenfolge: Nominatoren — Magistratskollege (C. 11, 36, 2, 1 i. f.; eod. 4 i. f.: dazu u. S. 87) läßt sich wegen der Bürgenfunktion der ersteren (c. 4 cit. i. f.) nicht heranziehen. [5]) gl. quod enim.

[6]) A. a. O. (*αὐτοὶ πρὸ τῶν στρατηγῶν ἐνάγονται*).

niert, sondern schon die Coll. de contutor. bezeugt es. Überhaupt kann m. E. eine Klärung der Absichten Justinians nur von einer Gegenüberstellung mit der Collectio erwartet werden. Dort heißt es:

> In tantum autem idoneis contutoribus constitutis alii tutores ob culpam communem non condemnantur in solidum, ut etiam magistratus municipales et fideiussores necesse sit ante eos conveniri, si solvendo sint; tunc enim ultimae personae publicae reservantur, cum querela pupilli in eo sit, quod non remoti fuerint tutores ut suspecti vel quod satisdatio exacta non sit.

Der hieraus abfließende Sinn — zugleich der einzige, der mit 'si sint solvendo contutores' und der Tatsache, daß ex facto alterius tutoris nur aus den beiden Tatbeständen des D. 26, 7, 14 gehaftet wurde, vereinbar ist und der weder des Mommsenschen 'administrantes non' noch der quellenwidrigen Unterstellung einer tutela divisa[1]) bedarf, ist der: Sind die ob culpam communem belangten Tutoren zunächst (d. h. litis contestatae tempore[2]) als zahlungsfähig festgestellt und daher des beneficium divisionis teilhaftig[3]), ist aber schließlich einer zahlungsunfähig[4]), so sind in Höhe seiner pars[5]) (Coll.: in solidum) die übrigen erst nach den Magistraten und Bürgen belangbar; der Satz des Marcellus und der Kaiser von der extremen Subsidiarhaftung (Coll.: ultimae) der Magistrate gilt nämlich bloß in den beiden Fällen, daß den Kontutoren im Hinblick auf das suspectum facere oder das satis exigere eine Nachlässigkeit zur Last fällt.

Es braucht hiernach kaum bemerkt zu werden, daß der § 15 mit dem benef. divisionis und seinen sonstigen Einzelheiten nur auf justinianischem Boden erwachsen sein

---

1) Vgl. ob. S. 56 N. 4.

2) So Coll. einige Zeilen zuvor (vgl. D. eod. § 11: exemplo fideiussorum); den Zusammenhang beleuchtet die Collectio besser als die noch die Spuren des Kampfes gegen die Klassiker zeigenden Digesten.

3) Im Sinne Justinians greift der § 15 also auf die §§ 11. 12 zurück.

4) Weil jene Feststellung falsch war; nicht weil die Vermögensverhältnisse sich nachträglich geändert haben: Pap. D. 46, 1, 51, 4.

5) Vgl. Gai. D. 46, 1, 26.

kann; er bildet den Schlußstein des Gebäudes, dessen Aufbau im § 10 beginnt.[1]) Auch die Diktion bestätigt das: die kaum zu übertreffende Unklarheit im Tatbestand, die durch das doppelte zusatzlose 'contutores' noch gesteigert wird; das 'non venitur', das sich alsdann als ein positives und bloß subsidiäres venitur herausstellt; am Schlusse die beiden byzantinischen Tatbestände für die Omissivculpa des Kontutors[2]), wiederum ohne das gerade hier besonders notwendige Objekt zu suspectum facere; endlich die dreimalige Verwendung von veniri ad = belangt werden, die daran erinnert, wie in der bekannten Verfügung Justinians über die Aktivlegitimation zur actio furti[3]) die Ausdrücke venire und pervenire ad und adversus aliquem zu Tode gehetzt werden. Man darf weitergehend behaupten, daß diese von Justinian auch sonst bevorzugten Wendungen[4]), die in ihrer Farblosigkeit die Umwälzungen des Prozeßverfahrens verdecken, in den Digesten allenthalben unecht sind.[5])

Trotzdem muß ebenso wie in den voraufgehenden Paragraphen ein echter Ulpiantext zugrunde gelegen haben. Das

---

[1]) S. ob. S. 26 N. 2 und Konkurrenzrecht § 24.

[2]) S. ob. S. 34 ff.

[3]) C. 6, 2, 22 §§ 1d. e. 2. 3. 4c, Inst. 4, 1, 16.

[4]) Vgl. C. 4, 29, 23, 1c; 6, 30, 22 §§ 5. 6. 8 (bis); 7, 17, 2, 3; s. auch C. 4, 34, 12 ('contra'). Desgl.: Auth. Nov. 4 cap. 1. 2 = gr. *χωρεῖν ἐπί* oder *κατά*.

[5]) Venire ad (VIR I 167, 43 ff.): Ulp. D. 11, 7, 31 pr. (venire hat kein Subjekt); Ulp. D. 15, 2, 1, 7 i. f. ([quia — conveniendus] Näheres Konk.-R. § 152); Ulp. D. 27, 8, 1, 9 (s. u. S. 87 f.); Ulp. D. 29, 4, 2, 1 (Beseler III 38); Ulp. D. 48, 5, 20, 1 (zweifelhaft; s. aber poena alia; Vulgata: mulierem conveniri). — Venire adversus und contra kommen nur je einmal vor (VIR I 276, 15; 995, 25): Nerat. D. 5, 3, 57 i. f. (Faber, P. Krüger; Näheres Konk.-R. § 145); Pap. D. 39, 5, 28 (Gradenwitz, Interp. 130; Mitteis, RPR. I 202 N. 32; P. Krüger z. d. St.). — Pervenire ad (VIR I 154, 35 ff.): Javol. D. 46, 1, 46 (Bremer, Jurispr. antehadr. II 2, 438 f.), Ulp. D. 16, 3, 1, 43 [bis] (Eisele, Binder, Ferrini, Sorrentino, de Ruggiero, Seckel, P. Krüger, Rabel; Näheres Konk.-R. § 23), Ulp. D. 48, 5, 2 pr. (vgl. Beseler III 79); Modest. D. 40, 12, 21, 1 (Seckel-Heumann 'pervenire' 4). — Pervenire adversus und contra begegnen im Bereich des VIR nicht; vgl. aber C. 5, 75, 4 (a. 242; echt?). — S. übrigens schon Eisele, Beitr. z. röm. RG. 241 ff.

beweist das sachlich zutreffende Mittelstück mit seinen Zitaten. In welchem Zusammenhang aber es ursprünglich gestanden hat, dafür bietet sich wenig Anhalt. Bei dem jetzigen Quellenbestande bleibt es am ratsamsten, auf das eben betrachtete Paul. D. 26, 7, 46, 6 zurückzugehen, das genau wie der echte Kern des § 15 auf das universis excussis facultatibus tutorum des die actio subsidiaria begründenden Senatuskonsults[1]) anspielt, um diese Regel für den vorliegenden einzelnen Fall beiseite zu schieben. Ob nun der Tatbestand, auf den Paulus respondierte, und der, auf den Caracalla reskribierte, ganz oder im wesentlichen identisch waren, ob vielleicht sogar Paulus sich auf jenes Reskript an Ulpius Proculus gerade gestützt hat, ist selbstverständlich nicht mehr auszumachen. Aber sehr wohl mag Ulpian im Anschluß an die §§ 13, 14 gelehrt haben, daß nicht immer der eine Tutor ex facto alterius tutoris (so § 13) belangt werden könne[2]): et ita imperator noster ...... rescripsit. quod enim Marcellus ...... scripsit quodque ...... rescriptum est, quamdiu ...... idoneus est, non posse magistratus ⟨conveniri⟩, sic erit accipiendum, si ⟨omnes tutores a magistratibus dati fuerint ....⟩. Was Justinian statt dessen hier angefügt hat, spielt jedenfalls eine ganz ähnliche Rolle wie das tunc si-Emblem im Paulusfragment.[3])

II. Gerens und cessans.

1. Daß der cessans zwar auf das Ganze (in solidum), aber subsidiär hinter dem Gerenten haftet[4]), lehren viele insoweit untadelige Stellen.

Im Anschluß an die oben[5]) abgedruckten Worte sagt Tryphonin in D. 26, 7, 55, 2: nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit. Dem Gerenten in dem zuvor entwickelten weiten Sinne wird also der durch jene Konstitutionen erst in zweiter Linie herangezogene Nichtgerent gegenübergestellt; selbstver-

---

[1]) S. ob. S. 23 N. 1.

[2]) Vgl. den echten Anfang von D. 26, 7, 14 (ob. S. 50f.).

[3]) Ob. S. 52f. [4]) S. ob. S. 21ff., 28f. [5]) S. 19.

ständlich der Nichtgerent, der überhaupt belangbar ist: der Zessant und nicht, wie Solazzi[1]) meint, der Tutor, der bei der ediktsmäßigen Verwaltungsteilung leer ausgegangen ist.[2]) An der Echtheit ist nicht zu zweifeln.[3])

Nicht minder klar ist Ulpians Note zu Pap. D. 50, 8, 4:

> Curatores communis officii divisa pecunia, quam omnibus in solidum publice dari placuit, periculo vice mutua non liberantur. Ulpianus: prior tamen exemplo tutorum conveniendus est is qui gessit.

Daß Ulpian bei seinem Zusatz einen dem papinianischen genau entgegengesetzten Fall vorausgesetzt und angenommen habe, daß nel commune officium siano distinte le rispettive funzioni[4]), entbehrt jeder Grundlage. Das exemplum tutorum, auf das Ulpian verweist, ist ohne Zweifel dasselbe, das später in C. 5, 52, 3 (a. 294)[5]) praktisch geworden ist:

> Licet tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur, tamen eum qui administravit, si solvendo sit, in primo loco eiusque successores conveniendos esse non ambigitur.[6])

Eine private Verwaltungsvereinbarung (conventio) der Tutoren hat an sich auf die Haftung keinen Einfluß.[7]) Hat in ihrem Verfolg aber ein Tutor überhaupt nicht geriert, so haftet er wie jeder Zessant erst in zweiter Linie. So sehr Solazzis frühere Erwägungen[8]), mit denen er die Beanstandungen Eiseles[9]) und Binders[10]) widerlegte, zu begrüßen waren, so bedauerlich ist es, daß er jetzt[11]) — der

---

[1]) Riv. 54, 37 (auf Grund der irrigen Deutung des non gerere: s. ob. S. 27 N. 2).

[2]) Dieser haftet gar nicht: u. S. 73ff.

[3]) Gegen Binder 342f. s. auch H. Krüger, ZSSt. 22, 223 und Solazzi 36f.

[4]) So Solazzi 64f.

[5]) Paraphrasiert in Collect. de contutoribus.

[6]) Unschädliches Glossem ist 'eiusque successores conveniendos' statt 'conveniendum'.

[7]) Ob. S. 24 N. 2.

[8]) Min. età 59 N. 3 a. E., 98 N. 1.

[9]) A. a. O. 77, 457 N. 75, dem P. Krüger z. d. St. beitritt.

[10]) 344, wo conventio = litis contestatio gedeutet wird.

[11]) Riv. 54, 63f.

angeblichen primären Haftung des Zessanten zuliebe — zu folgender 'Rekonstruktion' greift: Cum tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur, tam eum qui administravit quam eius collegas conveniri posse non ambigitur.

In gleicher Tendenz tilgt Solazzi[1]) den Schlußsatz von C. 5, 54, 2 (a. 213):

> Pater vester tutor vel curator datus si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tutelae vel utili iudicio conveniri potestis, quod eum tutelam seu curam non administrasse dicitis: nam etiam cessationis ratio reddenda est. § 1. Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse qui administraverint saepe rescriptum est.

Der Grundsatz 'der Zessant haftet, aber nur subsidiär' kann klarer und präziser nicht umschrieben werden. Unecht sind nur die (hier unwesentlichen) Erwähnungen der cura[2]); nicht als ob sie sachlich falsch wären[3]), sondern weil sie in der Entscheidung eines Einzelfalles keinen Platz haben. Hiernach sind außer 'vel curator' und 'seu curam' die Worte 'tutelae vel utili iudicio' eingeschoben[4]): sie sind nicht nur überflüssig, sondern stören den Gedankengang. Daß der Zessant ebenso (non minus)[5]) wie der Gerent haftet, läßt sich nur in materiellem Sinne sagen; aktionenrechtlich geht die actio tutelae nur gegen den Gerenten, die actio utilis nur gegen den Zessanten.[6])

Ebenso streicht Solazzi[7]) in C. 5, 64, 1 (a. 239) die Worte: quod si id praetermisisti, ut priore loco is conveniatur qui administravit, de iure postulabis, obwohl sie sprachlich einwandfrei und sachlich treffend den unentbehr-

---

[1]) Riv. 54, 65; ähnlich schon Binder 344. — Richtig früher Solazzi, Min. età 104.

[2]) Alibrandi, Bull. 2, 156; P. Krüger, Festg. f. Güterbock 248 und die im folgenden Genannten.

[3]) Vgl. ob. S. 15 N. 2.

[4]) Nur 'vel' streichen Rotondi, Bull. 25, 46f. und Solazzi (ob. N. 1), nur 'vel utili iudicio' tilgt Partsch, Neg. gest. I 71 N. 2; vgl. auch 94 N. 3.

[5]) Hierzu ob. S. 29. [6]) Vgl. ob. S. 17 N. 7.

[7]) Riv. 54, 67f. gegenüber Min. età 106f.; das von ihm angerufene C. 5, 75, 4 bietet kein Gegenargument.

lichen zweiten Teil der Distinktion (Exkusation — Nichtexkusation) enthalten. —

C. 5, 37, 8 (a. 229): Etsi scisses te curatorem datum nec administrasses, ceteris curatoribus et administrationem peragentibus et sufficientibus damno praestando contra te actio dari non potest. si autem nescisses curatorem datum, etiamsi solvendo ceteri non sint, damni periculum ad te non redundabit.

Das Reskript lehrt zunächst, daß die actio utilis nicht nur gegen den tutor, sondern auch gegen den curator (adulescentis) cessans gegeben wurde.[1] Weiter stellt es die Subsidiarität erneut klar. Unbegründet ist Binders[2] Verdächtigung, willkürlich Solazzis[3] Rekonstruktion: Si scisses te tutorem datum nec administrasses et ceteri tutores et administrationem peregissent et sufficientes essent damno praestando, contra te actio dari potest. si autem ......

Daß noch am Ende des 3. Jahrhunderts der klassische Rechtszustand erhalten war, zeigt C. 5, 51, 6, 1 (a. 290). Im Anschluß an die hier nicht interessierenden Einzelheiten wird daran erinnert, daß

1. a) α) tutores qui gesserint sive
β) heredes eorum ob ea negotia, quae per eos administrata sunt,
principali loco conveniri debere,
b) ceteris ob culpae rationem[4]) non servati detrimenti periculo substitutis, vel,
2. si pariter administrasse doceantur, etiam adversus unum liberum experiundi arbitrium competere, ita ut actiones, quas adversus alios habetis, ad electum transferantur.

Die erste Alternative (α—β) beleuchtet den Gegensatz zwischen den Tutoren, bei denen es nur auf das gerere über-

---

[1]) Vgl. Lenel, ZSSt. 35, 164 gegen Solazzi, Min. età 88.

[2]) 344 (das 'autem' wird durch den folgenden etiamsi-Satz durchaus gerechtfertigt). [3]) Riv. 54, 59f.

[4]) Diese drei Worte lassen sich ohne weiteres auf das Universalverschulden (Ggs.: Einzelverschulden; s. ob. S. 21 bei N. 1) des Zessanten beziehen; aber sie können auch unecht sein: vgl. u. S. 67 N. 7.

haupt ankommt, und den Tutorserben, die als Nichttutoren bloß spezielle Geschäftsführer sind und deshalb insoweit[1]) auch nur für die wirklich geführten Einzelgeschäfte einzustehen haben.[2]) Mit a—b werden sodann die primär haftenden Gerenten (beider Arten) den ein bloß subsidiäres Risiko tragenden zessierenden Tutoren gegenübergestellt.[3]) Diese Haftungsreihenfolge endlich führt gegensätzlich (1—2) auf die Wahlbefugnis (electum!) nebst Klagenzession[4]), wie sie gegenüber mehreren Gerenten[5]) in Geltung sind.

Mittelbare Folgen der Subsidiarhaftung sind aus Ulp. D. 49, 1, 10, 4 abzulesen, wo sie allein es erklärt, daß in Sachen der Appellation die una eademque causa defensionis geleugnet wird, wenn von zwei verurteilten Tutoren 'alter tutelam gesserat, alter non attigerat'. Desgleichen aus Paul. D. 27, 1, 35:

> Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit contentus, quod ceteri idonei essent? hic poterit conveniri, si ab illis res servari non potuisset. sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda est eius, qui quodammodo se excusavit. multo magis quis dicere debebit indignum iudicio patris, qui ut suspectus remotus est a tutela.

Während die Byzantiner in der auf 'sed hoc' folgenden anstoßreichen Erörterung[6]) die Frage, ob der tutor cessans

---

[1]) Darum handelt es sich offenbar; sonst hätte es schlechtweg 'sive heredes eorum' geheißen.

[2]) Über den Grad des aus eigenen Handlungen haftbar machenden Verschuldens vgl. Pomp. D. 27, 7, 1 pr., Ulp. D. eod. 4 pr., § 1 sowie Rotondi, Bull. 25, 52 N. 2. In fr. 4 pr. ist 'vel propria administratio' wohl unecht: Solazzi, Riv. 54, 40 N. 1.

[3]) Vgl. auch schol. Veron. 144 (Zachariae, Z. f. gesch. RW. 15, 114) und Bas. 38, 3, 31 (Heimb. III 725), wo der Byzantiner sich nur durch den ἐγκαλοῦμεν-Satz verrät.

[4]) Letztere nachklassisch: Konk.-R. § 24; vgl. ob. S. 30 N. 9.

[5]) pariter (in gleicher Weise) ist aus dem Gegensatz zu gerens — cessans zu verstehen. Auf einen Gegensatz zwischen gemeinsamer und getrennter Gestion (so Solazzi, Riv. 54, 61f. gegenüber Min. età 59 N. 1) deutet nichts.

[6]) Zur Interp.: Faber, Jur. pap. scient. 24, 1, 10 (p. 1152ff.), Solazzi, Min. età 266f. und — richtig einschränkend — Berger,

'repellendus sit a legato' (Paul. D. eod. 32) bejahen, verneint sie der Klassiker in der treffenden Erwägung, daß den Zessanten im Gegensatz zu dem, der se excusaverit, die Haftung treffe, sobald von den Gerenten Befriedigung nicht zu erlangen sei. Solazzi[1]) schwankt, ob er das Stück 'si — potuisset' eliminieren oder das administrare noluerit von dem Tutor verstehen soll, der bei dem Wettbewerb der tutores testamentarii um die Gestion es abgelehnt hat, Sicherheit zu leisten. Die erste Annahme ist ohne alle Grundlage, die letztere nachweislich unmöglich: weder bezeichnet idoneus denjenigen, der zur Satisdation imstande ist, noch ist es begreiflich, wie Paulus im Falle des provocare ad satisdationem zwischen dem nolle und dem non posse administrare einen Unterschied hätte machen können; auch hätte er solchenfalls doch wohl satisdare noluerit geschrieben. Ausschlaggebend ist sachlich, daß der im Gestionswettkampf Unterlegene im klassischen Recht überhaupt nicht haftet.[2])

2. Während in all diesen Fragmenten die Subsidiarhaftung im wesentlichen unverfälscht geblieben ist, hat ein prinzipiellerer Ausspruch die Kompilatoren auf den Plan gerufen. Da ihnen der cessans ja nur eine Erscheinungsform des im Einzelfall untätigen Tutors ist[3]), so machen sie auch hier die Haftung von einem Einzelverschulden abhängig. — C. 5, 55, 1 (a. 223):

> Certum est non solum eos qui gesserunt, sed etiam qui gerere debuerunt tutelam teneri etiam in ea, quae a contutoribus servari non potuerunt, si modo, cum suspectos facere deberent, id officium omiserunt. § 1. Tu autem, etsi contra patronum tuum famosam actionem instituere non potuisti, providere tamen, ne quid tutelae deesset,

ZSSt. 35, 89. Vermerkt sei noch die Laienhaftigkeit des Gedankens, der aus der feinen klassischen Frage ein plattes contumaciam punire herauszieht, und das 'quis (= τις) dicere' statt 'dici': vgl. dazu auch D. 13, 6, 7, 1 i. f. (Konk.-R. § 89); 26, 7, 7, 2 i. f. (ob. S. 38 N. 3); 43, 26, 8, 3 i. f. (de Medio, Bull. 17, 12f.; P. Krüger z. d. St.; Kübler, Festg. f. Gierke S. A. 20) und Beseler II 119f., III 198.

[1]) Riv. 54, 50f. gegenüber Min. età 59 N. 1. 3.

[2]) S. u. S. 73ff. [3]) Ob. S. 25.

necessariis postulationibus apud eum, cuius de ea re iurisdictio fuit, potuisti.

Der Freigelassene Zoticus, an den das Reskript sich wendet, war zugleich mit seinem Patron Tutor eines Dritten.[1] Der Patron gerierte, aber die Gestion brachte dem Mündel Schaden. Der nichtgerierende Zoticus entgegnet auf die gegen ihn als Gestionspflichtigen erhobene Klage, daß er die schädigenden Maßnahmen des Kontutors nicht habe abwenden können, weil er von Rechts wegen nicht in der Lage sei, gegen seinen Patron die mit Infamie drohende[2] accusatio suspecti[3] anzubringen. Der Kaiser weist den Einwand zurück, da der Beklagte anderweit[4] dafür hätte sorgen können, ne quid tutelae deesset. Dieser Gedankengang ist durchweg klassisch.[5] Als Fremdkörper erweist sich das zwischen den an die Spitze gestellten Grundsatz und seine Nutzanwendung eingeflickte Stück 'etiam in ea — omiserunt', das in vielfacher Richtung auffällt[6]: das Ganze hinkt nach; das zweite 'etiam' wirkt hinter 'sed etiam' besonders hart; auch war statt der Steigerung eine Abschwächung (etwa: certe in ea) am Platze; teneri in ea (id, hoc) ist oft byzantinisch[7]; zu deberent und omiserunt ist weder aus potuerunt noch aus contutoribus das Subjekt zu entnehmen; zu suspectos fehlt das Substantiv.[8] Das Motiv der Interpolation ist sichtlich das gleiche wie in D. 26, 7, 14.[9]

---

[1]) Der Tatbestand wird von den Basil. 38, 16, 1 (Heimb. III 782) ausführlich wiedergegeben.

[2]) Vgl. Vat. fr 340b = D. 3, 3, 39, 7 und sonst. Näheres gehört nicht hierher: ob. S. 35 N. 1 a. E.

[3]) Auf sie geht 'famosam actionem' (vgl. auch Paul. D. 49, 5, 3). Die Beziebung auf die actio tutelae (so Berger 45 N. 3 a. E.) verbietet sich schon deshalb, weil sie durante tutela nicht anstellbar war.

[4]) Ob das Reskript sich konkreter ausgedrückt hat, als die Überlieferung sehen läßt, ist nicht zu entscheiden. Das schol. Veron. 162 (Zachariae, Z. f. gesch. Rechtsw. 15, 116) denkt an ein Vorgehen extra ordinem.

[5]) Vgl. Marcian. D. 27, 1, 29, 1 (ob. S. 17 N. 5); s. auch ob. S. 55.

[6]) Keinen Anstand nehmen Taubenschlag 33 N. 24, Solazzi, Min. età 59 N. 1, Berger 62; auch jetzt (Riv. 54, 47 N. 2 a. E.) will S. — zweifelnd — die Interpolation auf das (zweite) 'etiam' beschränkt wissen; übrigens sollen nach S. nicht einmal die, qui gerere debuerunt tutelam, Zessanten sein!

[7]) Beispiele hierzu in m. Konk.-R. § 113.

[8]) Vgl. ob. S. 34 N. 5.

[9]) S. ob. S. 50f.

3. Die Subsidiarhaftung des Zessanten wurde also vom klassischen Recht ohne Rücksicht auf das Schicksal einzelner Geschäfte normiert.[1]) Dagegen mußte es für Justinian, der die Beurteilung des Einzelgeschäftes zum Ausgangspunkt nahm, einen Unterschied begründen, ob dieses vom Gerenten oder von niemandem geriert war. Daß im letzteren Falle die Haftung auch des Zessanten primär wurde[2]), sucht der zweite Satz von Pap. D. 26, 7, 39, 11 zum Ausdruck zu bringen:

> In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit. quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi neglegentia perit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat.

Der erste Satz ist sprachlich korrekt und sachlich im Einklang mit allen bisher betrachteten Stellen.[3]) Deshalb sind die auf Tilgung von 'post ceteros qui gesserunt' gerichteten Bestrebungen[4]) verfehlt, und Solazzis[5]) Eventualvorschlag, das gerere nolle einem 'non offrire la satisdatio' gleichzusetzen, begegnet außer den dagegen schon[6]) erhobenen Bedenken noch dem weiteren, daß Papinian sich mit keiner Silbe auf die von der Sicherheitsleistung an sich befreiten Tutorenklassen[7]) beschränkt. Demgegenüber ist die Ausnahme, die alsdann mit 'quod tamen' angeknüpft wird, dem Klassiker abzusprechen.[8]) Der Gegensatz (non .... sed) spottet jeder präzisen Erfassung; wahrscheinlich sollte er besagen, was die Basiliken[9]) aus ihm herauslesen, wenn sie zwischen *τοῖς χειρισθεῖσι* und *τοῖς μὴ διοικηθεῖσι*, also durchgeführten und unterlassenen Geschäften unterscheiden. Aber es ist schlechthin laienhaft, die positiv geführten negotia mit denen zu verselbigen, aus denen etwas an die Gerenten 'pervenit'. Diese Wendung läßt sogar den un-

---

[1]) Vgl. ob. S. 23 N. 5. [2]) Vgl. ob. S. 25 N. 5.

[3]) Vgl. auch ob. S. 17 N. 6, 22 N. 5.

[4]) Binder 341; Solazzi, Riv. 54, 44 (gegenüber Min. età 59 N. 3).

[5]) Riv. a. a. O. [6]) Ob. S. 64. [7]) Ob. S. 36 N. 2.

[8]) Ebenso Binder und Solazzi, Riv. a. a. O.; vgl. auch Beseler II 42 und Solazzi, Min. età 59 N. 3. Anders H. Krüger, ZSSt. 22, 223.

[9]) 38, 7, 38 (Heimb. III 665).

glücklichen Gedanken einer Bereicherungshaftung mitklingen.[1]) Weiter verrät die Zusammenfassung der Unachtsamkeit aller so verschieden beteiligter Tutoren zu einer 'communis neglegentia' aufs neue die Neigung, das jeweilige Handeln und Unterlassen im Einzelfall als maßgeblich hervorzuheben. Auch spectare mit dem Akkusativ periculum dürfte ungewöhnlich sein statt des natürlicheren eius periculum .... ad omnes spectat.

Ein Seitenstück dazu bietet C. 5, 55, 2 (a. 224):

Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. si qua vero sunt, quae, cum geri debuerunt, omissa sunt, latae culpae ratio omnes aequaliter tenet.

Auch hier bringt, abgesehen von 'vel curae'[2]), der erste Satz einen guten Beleg für die Subsidiarität der actio utilis gegen den Zessanten. Solazzi[3]) will das nicht wahr haben: er tilgt 'et idonei sunt' und versteht das Ganze von nicht wirksam bestellten Tutoren, von denen allein 'se immiscere tutelae' gesagt werde. Mit der Unrichtigkeit dieser Prämisse[4]) fällt Solazzis Auslegung überhaupt. Die vom zweiten Satz gegebene Einschränkung ist wiederum kompilatorisch.[5]) Nahegelegt wird das schon durch den Indikativ nach dem konzessiven cum, die lata culpa[6]), die culpae ratio (?)[7]) und deren eigenartige Personifizierung. Bewiesen wird es durch die Bemerkung des Thalelaios[8]):

[1]) Vgl. ob. S. 30 N. 1.

[2]) Dazu Solazzi, Min. età 105; Partsch 64 N. 3.

[3]) Riv. 54, 65f.

[4]) Vgl. etwa Ulp. Vat. fr. 154; Call. D. 27, 1, 17, 5 und gerade im Hinblick auf Zessanten Ulp. D. 38, 17, 2, 42; vgl. auch Pap. D. 50, 1, 13 sowie über den technischen Ausdruck im Erbrecht Seckel-Heumann, 'immiscere' 2. — Wo (wie in Solazzis Stellen: Pap. D. 26, 7, 39, 1. 2; Paul. D. 27, 7, 8 pr.) ein Nichttutor gemeint ist, ergibt sich das stets aus dem Zusammenhang.

[5]) Ebenso Solazzi, Riv. a. a. O., aber mit unzutreffender Begründung.

[6]) Mitteis, RPR. I 335 N. 75.

[7]) Diese Wendung kommt im Bereich des VIR überhaupt nicht, doli ratio nur (VIR II 327, 37) in dem interpolierten (P. Krüger z. d. St.) D. 28, 5, 79 pr. i. f. vor. Wegen C. 5, 51, 6, 1 s. ob. S. 62 N. 4.

[8]) Schol. *Θεοδώρου* zu Bas. 38, 16, 2 (Heimb. III 783).

Σὶ κονὰ βέρο. Παράδοξόν ἐστι τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως, ὅτι τὸ εἰρημένον, ὥστε τὸν μὴ διοικήσαντα[1]) *κατέχεσθαι, εἰ μὴ πρότερον ὁ διοικήσας ἐναχθῇ, εἰς τὰ διοικηθέντα χώραν ἔχει.*

Mit Recht übersetzen Fabrotus[2]) und Heimbach *παράδοξον* mit novum, also = wider die (gewöhnliche, bisherige) Meinung.[3]) Ein anderer Sinn ist mit den folgenden, die Neuerung billigenden Worten des Thalelaios nicht vereinbar.

Legten hiernach die Byzantiner das Schwergewicht auf die Frage, ob das einzelne negotium gestum oder omissum war, so war es nur folgerichtig, daß sie den Gedanken vom negotium deserere[4]) in der Weise zur Anwendung brachten, wie es der zweite Satz von Tryph. D. 26, 7, 55, 3 zeigt:

Item in eo quod nemo gessit non utique eius periculum est, qui quaedam gessit, sed communiter omnium: exigi autem ab eo solo periculum ob alia quae non gessit non oportet, nisi si qua talia sunt, quae vel consummationem coeptorum ab eo desiderabant vel ita coniuncta fuerunt, ut separari non debuerunt.

Tryphonin führt hier in unverkennbarer Anknüpfung an das principium die Besprechung der quatenus-Frage fort[5]), indem er darauf hinweist, daß das periculum commune auch in eo quod nemo gessit unveränderlich Platz greife. Genau wie 'tamen' und 'vero' in den eben erörterten Stellen erfüllt nunmehr das 'autem' die Funktion, in die Sphäre von Byzanz überzuleiten. Der Satz des Klassikers wird in schlechterer Fassung wiederholt, um dem nisi-Satz, auf den es eigentlich ankam, den Weg zu bahnen. All das ist interpoliert.[6]) 'Ob alia quae non gessit' gibt einen Sinn nur, wenn man 'non' streicht oder 'alia' durch 'ea' ersetzt; exigere periculum entstammt derselben Hand, deren Neigung zu exigere diligentiam[7]),

[1]) *μὴ* ins. Heimbach.

[2]) Basil. V 188. [3]) Vgl. auch Papes Wörterbuch.

[4]) Dazu Peters, ZSSt. 32, 269. [5]) Vgl. ob. S. 28f.

[6]) Ebenso im Ergebnis jetzt Solazzi, Riv. 54, 39.

[7]) Die Verbindung kommt außer bei Callistratus (über dessen Latein: Kalb, Roms Jur. 118ff.; Schulze, ZSSt. 12, 129; P. Krüger, Gesch. d. Qu. 2. Aufl. 226) nur in zwei längst verdächtigten Stellen vor: Ulp. D. 24, 3, 24, 5 (Pernice, Lab. II 2, 209ff.; Seckel-Heumann,

culpam[1]) usw.[2]) bekannt ist; Justinians Sprache eigentümlich sind weiter die mit 'nisi' angehängten Ausnahmen, das 'tale' (zumal in der hier auftretenden Verbindung[3])), die Personifizierung abstrakter Substantiva[4]), consummatio im Sinne von Vollendung[5]), coeptorum statt rerum coeptarum[6]), die Inkonzinnität von 'desiderabant' und 'fuerunt', endlich 'ut' mit dem Indikativ.[7]) Auch lassen sich die Kompilatoren dabei ertappen, wie sie Alleinhaftung und Primärhaftung miteinander verwechseln: die letztere wollen sie offenbar anordnen, die erstere statuieren sie in der Tat.

III. Mehrere Zessanten.

Dieses Verhältnis bespricht, wie es scheint[8]), ex professo Papinian in D. 26, 7, 38 pr.:

> Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.

---

diligens 1 a. E., exigere 2a; Mitteis, RPR. I 332 N. 53; P. Krüger z. d. St.; Kübler, Festg. f. Gierke S. A. 13); Ulp. D. 30, 47, 5 (Pernice II 2, 130; Kübler 20).

[1]) Drei Fragmente: verfälscht sind sicher Paul. D. 9, 2, 31 (Beseler III 70, 156); Mod. D. 41, 1, 54, 2 (Kübler 20); aber auch der quia-Satz in Pomp. D. 24, 3, 18, 1.

[2]) Zu Ulp. D. 3, 5, 5, 14 vgl. Peters 270.

[3]) Vgl. etwa Eisele, Beitr. z. r. Rechtsgesch. 229 ff.

[4]) Schulz, ZSSt. 32, 50 und Zitt.

[5]) Von den drei weiteren Fragmenten sind sicher unecht: Jav. D. 19, 2, 51, 1 (Eisele, ZSSt. 10, 312; Seckel-Heumann, universitas 5; P. Krüger z. d. St.) und Ulp. D. 28, 4, 1, 2 (sed hoc ita demum, si; factum est ohne Subjekt; die Sinnlosigkeit der ganzen Einschränkung). Aber auch in Gai. D. 35, 2, 80, 1 sieht das überflüssige 'quae ex consummatione contingit' wie ein Glossem aus. Vgl. ferner Just. C. 6, 30, 22, 3.

[6]) S. etwa 'nihil horum intercessit' in Ulp. D. 13, 7, 25 und dazu Eisele, ZSSt. 30, 113 f.

[7]) Vgl. Pernice, Lab. III 189 N. 2 a. E.; Seckel-Heumann, 'ut' a. E.

[8]) Zumal auf Grund des Zusammenhalts von Lenel, Pap. Nr. 204 und 205 (D. 46, 6, 12); s. u. S. 70 N. 6.

Man hat an dieser Stelle, die sprachlich nicht den mindesten Anstand bietet[1]), die radikalsten Tilgungen vorgenommen, weil man sich Papinians Alternative nicht zu erklären vermochte.[2]) Und doch ist sie nur für den unverständlich, der in 'electio' die 'Gesamtwirkung der Litiskontestation'[3]) ausgedrückt findet. Bricht man mit diesem Dogma[4]) und bemerkt man zugleich, daß der Gegensatz gar nicht: Elektion — Nichtelektion lautet, sondern in der Begründung und Art der Elektion besteht (auf dem quia-Satz einerseits, dem 'ut eiusdem pecuniae debitores' andererseits liegt der Ton), so entfällt alle Schwierigkeit. Die actio utilis ging, wie man ihre Formel auch rekonstruieren mag[5]), in jedem Falle von dem Negativum der Nichtgestion aus. So tauchte die Frage auf, ob mehrere Nichtgerenten nur deshalb auf das Ganze zu haften hätten (electioni locus erit), weil — anders als bei dem anderen Typ haftender Nichtgerenten[6]) — keinerlei Divisor (nullae partes administrationis) zu entdecken war, oder aber deshalb, weil das tutelam non gessisse eine ebenso gute eadem causa abgab wie das positive tutelam gessisse.[7]) Das war keine Doktorfrage: wer der ersteren Ansicht folgte, mußte eadem res verneinen und die Hemmung der unbilligen Aktionenkumulierung dem Ermessen des ex fide bona judizierenden Geschworenen anheimstellen; die zweite Anschauung hingegen führte geradenwegs dazu, die Zessanten wie rei promittendi (ut eiusdem

[1]) Im Gegenteil: excipere in solchem Sinne und — trotz Solazzi, Riv. 54, 43 — ratio suadet sind gerade für Papinian bezeugt: D. 46, 1, 48, 1 (dazu Levy, Sponsio 96 ff.) — D. 22, 1, 4 pr.; 31, 70 pr. (anders Beseler III 175), D. 46, 3, 95, 10. — D. 27, 3, 20 pr. i. f. scheint allerdings interpoliert zu sein: Faber, Conj. 12, 1; P. Krüger z. d. St.

[2]) So — unter sich verschieden — Binder 295 f., 345; H. Krüger, ZSSt. 22, 222; Bonfante in d. ital. Digestenausgabe; Solazzi, Riv. 54, 43; vgl. auch P. Krüger z. d. St.

[3]) Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 453.

[4]) Vgl. Ascoli, Bull. 4, 302 und bes. Konk.-R. § 3; s. auch ob. S. 30 N. 6, 47 N. 2.

[5]) Vgl. ob. S. 17 N. 9.

[6]) Das sind die von der Gestion nur partiell befreiten Tutoren (s. ob. S. 23 f.), auf die Papinian zuvor (z. B.: D. 46, 6, 12: u. S. 79 N. 1) eingegangen war.

[7]) Zu letzterem ob. S. 20 f.

pecuniae debitores[1])) zu behandeln. Offenbar weil die gemeinsame Tutoreigenschaft jene Negative so scharf umgrenzte, daß die Tatbestände sich ohne weiteres identifizieren ließen, entschied sich der Klassiker für die letztgenannte Meinung. — Die Byzantiner hätten nicht die Schöpfer des benef. divisionis sein müssen[2]), wenn sie sich die durch die 'partes administrationis' gebotene Gelegenheit zu einer entsprechenden Anknüpfung hätten entgehen lassen sollen. So fügten sie 'et omnes solvendo sint' hinein[3]), das im principium einen Fremdkörper bildet[4]), dafür aber von dem durchweg kompilatorischen § 1[5]) gestützt und wieder aufgenommen wird. Das Verhältnis zwischen beiden Emblemen ist ähnlich wie das zwischen den §§ 11 und 12 in D. 27, 3, 1.

IV. Gestionsbefreite Tutoren.

1. Totale Befreiung.

a) Daß der tutor honoris causa datus nicht haftet, wird seit Ascolis[6]) treffender Beobachtung heute einstimmig angenommen. Schon daraus ergibt sich, daß die ältere

---

[1]) Dieser Ausdruck ist um so bemerkenswerter, als das gleichbedeutende 'rei debendi' nicht klassisch ist: Konk.-R. § 23.

[2]) S. ob. S. 26 N. 2.

[3]) Vgl. auch Eisele 457 N. 75; Redenti, Arch. giur. 79, 63 N. 3; Solazzi a. a. O.; abwegig Perozzi, Ist. II 108 Note.

[4]) In Justinians Sinne soll die Alternative offenbar besagen: Solidarhaftung oder benef. divisionis? So auch Thalelaios, der (schol. *Μέμνησαι* zu Bas. 11, 2, 18; Heimb. I 690) mit der *ἐν τῷ δὲ τουτέλις μονοβιβλίῳ ζήτησις* die Frage unseres Fragmentes berührt. Schwerlich darf man aber aus der Toleranz, die die Byzantiner hier walten lassen, den Schluß ziehen, daß sogar schon vor der zweifelhaften Nov. 99 duo rei ohne weiteres das benef. hatten (so Binder 296, 309 N. 34).

[5]) a) Unklassisch ist die Anschauung, die den Wegfall des benef. als eine besondere 'Belastung' empfindet und diese mit einem Verschulden zu begründen sucht. b) Die Begründung beweist zuviel. c) Wegen quidam: Eisele, Beiträge 238. d) Die Personifizierung von contumacia. e) Die Bezeichnung des cessans als contumax (ebenso wie in D. 27, 1, 35: ob. S. 63). Ähnlich zum § 1: Eisele a. a. O. 77, 457 N. 75; Binder 296, 345; zurückhaltender Solazzi a. a. O.

[6]) Obbl. solid. 14ff.; zustimmend Binder 334; Benigni, Arch. giur. 73, 502f.; Peters 230 N. 1; Taubenschlag 19, 32; Solazzi, Riv. 53, 273; 54, 69.

Lehre, die jeden nichtgerierenden Tutor als honorarius bezeichnet[1]), nicht zu halten ist. Aber auch Solazzi[2]), dem alle Tutoren, che non geriscono e non rispondono affatto, honoris causa dati sind, geht noch zu weit. Und selbst Peters' Einschränkung[3]) auf 'einen nicht gerierenden und nicht haftenden testamentarischen Tutor' ist nicht deutlich genug. Vielmehr gehören nur die Tutoren hierher, die im Testament selbst honoris causa bestellt sind.[4]) Das erweist der Ausdruck 'honoris causa tutor datus', den Papinian[5]) sichtlich als einen technischen verwendet, Paulus[6]) gleichfalls gebraucht und Modestin[7]) mit *οἱ κατὰ τιμὴν ἐπίτροποι γραφέντες* wiedergibt. Die neuerdings streitige Frage, ob dem klassischen Recht daneben der Name 'tutores honorarii' geläufig war[8]), ist dahin zu beantworten, daß die Spätzeit von 'sogenannten tutores honorarii' spricht[9]), während Justinian das beschränkende Beiwort wegläßt. Es kann kein Zufall sein, daß in Paul. D. 23, 2, 60, 2 'honoris causa tutor datus' echt und erst 'honorarium tutorem' unecht, in Ulp. D. 26, 7, 3, 2 'quos vulgo honorarios appellamus' echt und erst 'honorarios tutores' unecht[10]), in Ulp.

[1]) Rudorff, Vorm. Recht II 237f.; Sohm, Instit. 14. Aufl. 672; auch noch Taubenschlag 32?

[2]) Riv. 54, 70 N. 1. [3]) 230 N. 1.

[4]) Gegensatz: die unter b) besprochenen testamentarischen Tutoren.

[5]) D. 26, 2, 26, 1. [6]) D. 23, 2, 60, 2.

[7]) D. 27, 1, 15, 9; dazu treffend Peters a. a. O.

[8]) Dafür Peters a. a. O., dagegen Benigni 499ff. und Solazzi 70 N. 1.

[9]) Ein Gegenstück zu solcher Bezeichnung bei Levy, ZSSt. 36, 7.

[10]) Hieran ist mit der herrschenden Meinung (s. ob. S. 71 N. 6, auch Beseler III 76, 119, 198) gegenüber Solazzi festzuhalten, der (Riv. 54, 69f.) nicht die Ehrenvormünder, sondern die zu b) zu betrachtenden Tutoren als Gegenstand des Urtextes ansieht. Wenn S. daraus die Folgerung zieht, daß den letzteren Aufsichtspflicht und Subsidiarhaftung obgelegen habe, so geht das fehl. Die Aufsichtspflicht (dati sunt — fecerunt) ist sicher unklassisch, die Subsidiarhaftung (excussis — conveniri) ausweislich der gesamten echten Überlieferung nur auf das Verhältnis zwischen gerens und cessans beziehbar. Dadurch wird wahrscheinlich, daß Ulpian hier die Stellung sämtlicher ceteri tutores (non administrantes) besprochen habe: die der sog. honorarii, der übrigen gestionsbefreiten Tutoren und — gegensätzlich — der Zessanten. Das würde sich auch mit dem Zusammenhang (Solazzi, Riv. 53, 273) gut

D. 46, 3, 14, 1 'qui honorarii appellantur' echt und erst 'etsi honorariis ......' unecht ist. Weitere Verwendungen des Ausdrucks begegnen nicht.[1])

b) Ist unter mehreren tutores testamentarii oder ex inquisitione dati nach den Bestimmungen des Edikts die Verwaltung nur einem oder einigen übertragen[2]), so sind die übrigen von jeder Gestion einschließlich der Auktorierung ausgeschlossen.[3]) Sie haben z. B. keine facultas agendi pro pupillo[4]) und können weder Zahlung entgegennehmen[5]) noch transigere cum fure[6]); auch kommt die ihnen geleistete stipulatio pro praede litis et vindiciarum nicht zum Verfall[7]); ihre auctoritas ist nichtig[8]), und die unter ihrem Beistand vorgenommene Streitbefestigung unterfällt dem Edikt quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum (?) esse dicatur (Lenel § 43).[9]) Entsprechend 'tutores, quibus administratio decreta non esset, tamquam extraneos recte a pupillo emere placet'.[10]) —

---

vertragen und die prinzipielle Äußerung der Byzantiner begreiflich machen.

[1]) VIR III 269, 1. [2]) Vgl. ob. S. 16 N. 1.

[3]) Zu dem Folgenden namentlich Peters 230ff.

[4]) Edikt nach Ulp. D. 46, 7, 3, 5 i. f. (Lenel, Ed. 95); Ulp. D. 26, 7, 23; Paul. D. 12, 2, 17, 2.

[5]) Scaev. D. 26, 7, 47 pr.; Ulp. D. 46, 3, 14, 1 i. f. (Peters 239); Ulp. D. eod. 45, 1; Paul. D. 12, 2, 17, 2; Paul. D. 46, 3, 100. — Dazu auch Solazzi, Min. età 123 N. 4.

[6]) Jul. D. 47, 2, 57, 4; Gai. D. eod. 55, 5.

[7]) Venul. D. 26, 7, 51 i. f. und Ulp. D. 46, 7, 3, 5; dazu treffend Peters 235ff. Doch ist in fr. 51 nicht 'experiri vel', sondern 'vel ad iudicium vocari' zu streichen; ganz abgesehen von den sprachlichen Bedenken (Liter. bei Peters 237 N. 1) ist der Tutor, auf den 'quis' sich bezieht, in Ansehung der stip. pro praede litis et vindiciarum hier auf der Aktivseite beteiligt; vgl. auch Lenel, Ed. 502 N. 3, 4.

[8]) Pomp. D. 26, 8, 4; Afr. D. 29, 2, 49 ist interpoliert: Peters 230ff.

[9]) Ulp. D. 27, 6, 1, 2; bestätigend Kyrillos, schol. *Κυρίλλ.* zu Bas. 38, 6, 1 (Heimb. III 733); s. auch Peters 231 (gegenüber seinem Zweifel 230 N. 1).

[10]) Pomp. D. 26, 8, 6; 'ut extraneum' wiederholt sich in Tryph. D. 26, 7, 54 i. f. — Demgegenüber der Grundsatz von Paul. D. 18, 1, 34, 7; Ulp. D. 26, 8, 5 pr. bis § 2 (mehrfach interpoliert) Marcian. D. 18, 1, 46 (Schluß interpoliert). Zum Ganzen Peters 231, 233f.; Solazzi, Bull. 25, 102.

Aus dem Mangel des Gestionsrechtes folgt unmittelbar das Fehlen der Gestionspflicht, aus diesem aber wieder die Befreiung von jeglicher Haftung.[1] Eine Haftung aus fremder gestio würde für den gestionsunfähigen Tutor geradezu bedeuten, daß er für casus, quibus resisti non possit, einzustehen hätte; selbst die (dem Tutorenrecht fremde[2])) Custodiahaftung wäre damit überboten. Wie die actio gegen den Gerenten ein universa negotia curare debere voraussetzt[3]), so wird die actio gegen den Nichtgerenten durch dessen cessare bedingt und der Bereich der actio utilis ausdrücklich dahin abgesteckt, daß etiam qui gerere debuerunt tutelam teneri (certum est).[4]) Gerade darauf beruht ja auch die Nichthaftung des honoris causa bestellten Tutors und ebenso die des tutor mulieris, der ein zwingendes argumentum a potiori gewährt: obwohl dieser Tutor in quibusdam causis dicis gratia interponit auctoritatem suam, wird trotzdem cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri (sc. puberi) erteilt, weil (unde) ihm die gestio abgeht.[5])

Auch die unmittelbaren Quellen, soweit sie klassisch sind, wissen von einer Haftung nichts. Bei der Schilderung des im Falle der Tutorenmehrheit die Administration regelnden Verfahrens schreibt Ulpian (D. 26, 7, 3, 8):

> Plane si non consentiant tutores [praetori], sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo [nec patiuntur succedanei esse alieni periculi], dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere.

Die erste Einklammerung[6]) kann hier auf sich beruhen. Das zweite Emblem, das als solches heute feststeht[7]), zeigt die Byzantiner dabei, die Haftung des gestionsbefreiten

---

[1]) Ähnlich Pap. D. 26, 10, 10; vgl. auch Ulp. D. 27, 3, 1, 19 hinsichtlich der a. rat. distrahendis.

[2]) S. u. S. 75 N. 3, 4. [3]) Jul. D. 27, 8, 5 (ob. S. 32ff.).

[4]) C. 5, 55, 1 (ob. S. 64f.).

[5]) Gai. I 190, 191, der das noch durch den Gegensatz der mulier impubes verdeutlicht.

[6]) die von Taubenschlag 21 und Solazzi, Riv. 53, 275f. wahrscheinlich gemacht ist.

[7]) S. außer den in d. vor. N. Genannten bereits de Medio, Bull. 18, 270 N. 2; Beseler I 92.

Nichtgerenten einzuschmuggeln. Im übrigen haben sie sich, soweit ich sehe, nicht darüber vernehmen lassen.[1]) Insbesondere ist ihnen Paul. D. 47, 2, 54, 3 entgangen. Dort wird dem negotiorum gestor die actio furti abgesprochen ohne Rücksicht darauf, daß culpa eius res perierit und er daher seinerseits dem Geschäftsherrn haftet.[2]) Am Schluß heißt es:

> eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

Die übrigen unter den pluribus tutoribus haben also jedenfalls nicht diligentiam zu prästieren. Nach allem vorher Gesagten und nach dem Inhalt der Stelle selbst kann das aber nur bedeuten, daß sie überhaupt nicht haften. Damit fällt zugleich die stärkste Stütze der Lehre, die noch für die Zeit der Severe den Grundsatz der Dolushaftung behauptet.[3]) Im Gegenteil setzt Paulus voraus, daß der Tutor, der überhaupt haftet, diligentiam praestare debeat.[4])

2. Partielle Befreiung.

Ist unter mehreren tutores testamentarii oder ex inquisitione dati durch Testator oder höheren Magistrat die Verwaltung derart geordnet, daß die Zuständigkeit jedes Tutors örtlich oder sachlich in bestimmter Weise abgegrenzt ist, so ist er folgerecht außerhalb seines Bezirks so zu beurteilen, wie wenn ihm die Gestion überhaupt fehlte. Diese Folgerung wird von den Klassikern in allgemeiner Fassung

[1]) Daher denn auch Rudorff III 20 das klassische Recht wiedergibt. Erst Solazzi (s. ob. S. 27 N. 4; vgl. S. 60 N. 1, 64 N. 1 usw.) hat mit der Subsidiarhaftung dieser Nichtgerenten Ernst gemacht.

[2]) Exegese der Stelle in Konk.-R. § 140.

[3]) So Mitteis, RPR. I 327ff.; Peters 263; Rotondi, Bull. 25, 43; Partsch, Neg. gest. I 43 N. 2 a. E., 64. — Dagegen Seckel-Heumann 117 a. E.; Kübler, Festg. f. Gierke S. A. 14ff.; Schulz, ZSSt. 32, 32; Girard 5. Aufl. 655 N. 4; Solazzi, Min. età 260 N. 4; Rabel, RPR. 468, 478 N. 4.

[4]) Das ist um so willkommener, als man sich auf die mehrfache Erwähnung der culpa in D. 26, 7, 41 nicht mehr berufen darf: s. ob. S. 48f.

ausgesprochen[1]) und ausdrücklich benutzt, um gegenüber dem unzuständigen Tutor die Wirksamkeit der Zahlung[2]) und den Verfall der stip. pro praede litis et vindiciarum[3]) auszuschließen und auch ihn dem Edikt über den falsus tutor zu unterstellen.[4]) Demgemäß wird er, falls er pro ea parte vel regione, quam non administrat, klagt, exceptione abgewiesen[5]), und seine auctoritas ist in diesem Bereich wirkungslos.[6]) Wiederum[7]) ist der Schluß auf die Haftung unabweislich. Während der Bezirkstutor für alles in seinen Geschäftskreis Fallende nach allgemeiner Regel in solidum einzustehen hat[8]), ist er außerhalb des Bezirkes 'tamquam extraneus' und demnach von jeglicher Haftung für den Tutor des anderen Bezirkes befreit. Das bestätigt in klaren Worten noch Alexander Severus in C. 5, 38, 2 (a. 226)[9]):

> Ad eos, qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur.[10])

Aber der Standpunkt der Byzantiner war das natürlich nicht.[11]) Sie kommen in C. 5, 52, 2, 1 (a. 284) zu Wort, wo sie an den echten Anfang:

---

[1]) So Venul. D. 26, 7, 51 i. f. (s. ob. S. 23f.).

[2]) Paul. D. 46, 3, 100: his tutoribus recte . . . . . . solvi, qui negotia . . . . . . administrant: eos autem, qui provincialium rerum tutores sunt, Italica negotia administrare non solere. Ob solere im Sinne von debere steht (vgl. Lenel, ZSSt. 24, 342) oder der folgenden Interpolation zuliebe eingefälscht ist, muß dahinstehen. Zu der Stelle: Eisele, ZSSt. 10, 321f.; Solazzi, Min. età 126; Partsch 78 u. a.

[3]) Venul. D. 26, 7, 51 (ob. N. 1); Ulp. D. 46, 7, 3, 7 (consequens erit dicere im Hinblick auf § 5 eod. [ob. S. 73 N. 7]).

[4]) Ulp. D. 27, 6, 1, 2 (ob. S. 73 N. 9).

[5]) Ulp. D. 26, 7, 4 (dazu Lenel, Ed. 95); ebenso Konstantin C. Th. 2, 4, 1, 1 = C. Just. 5, 40, 2.

[6]) Das wird sogar noch von Justinian (C. 5, 59, 5 pr.) aufrechterhalten; vgl. Peters 232.

[7]) Vgl. ob. S. 74.

[8]) und zwar primär, wenn er geriert; subsidiär, wenn er zessiert.

[9]) Solazzi, Riv. 54, 60 weiß mit diesem seine Theorie widerlegenden Ausspruch nichts anzufangen.

[10]) Vgl. auch C. 5, 40, 2: divisum administrationis periculum und insoweit (s. ob. S. 54 N. 1) Paul. D. 26, 7, 46, 6 i. f.

[11]) Vgl. ob. S. 25f.

In divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris voluntate unumquemque pro sua administratione (scil. adulescens) convenire potest, periculum invicem tutoribus [seu curatoribus] non sustinentibus

in bekannter Manier die 'Ausnahme' anfügen[1]):

nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. § 2. Nec prodest eis dicentibus contutorem suum non administrasse pupillares res.

Noch am Ende des 3. Jahrhunderts war es also Rechtens, daß divisa tutela jeder Tutor nur in Ansehung der eigenen Gestion belangt werden kann[2]) und ein gegenseitiges Risiko nicht besteht. Der diese Regel durchlöchernde nisi-Satz ist in dem die Insolvenz betreffenden Stück schon von Binder[3]), darüber hinaus von 'per dolum' bis 'effectus sit, vel' von Solazzi[4]) mit vielen Gründen[5]) als gefälscht erwiesen worden.[6]) Aber auch der verbleibende Rest ist nicht zu retten[7]), insbesondere nicht durch Solazzis Versuch, unter Mißachtung des 'sua sponte' vor 'agendo' ein 'non' einzuschalten. Neben dem überhaupt nicht oder erst verspätet durchgeführten Suspektenverfahren wird das kollusionshalber eingeleitete genannt: alle drei Tatbestände hängen eng miteinander zusammen; streicht man die beiden ersten, so muß man auch den dritten tilgen. Über den unverständlichen § 2 hat Solazzi das Nötige bemerkt.

---

[1]) Vgl. auch die collectio de contut. im Anfang.

[2]) Über diesen Sinn des 'potest' richtig Ascoli, Bull. 4, 302 gegen Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 453f.; vgl. insoweit auch Perozzi, Ist. II 108. [3]) 343.

[4]) Min. età 95ff., Riv. 54, 62, wo er aber nichtsdestoweniger (p. 47) das Reskript als Hauptbeleg für die Subsidiarhaftung in Anspruch nimmt.

[5]) Dazu etwa noch: das typische Fehlen des Objekts zu suspectum (s. ob. S. 34 N. 5), die Härte removerunt — moverunt, vor allem das unklassische Einzelverschulden als Haftungsgrund.

[6]) Dagegen, m. E. ohne Erfolg, Berger, ZSSt. 35, 89f.

[7]) Man beachte auch das laienhafte iura pupilli prodere.

Von demselben Geiste zeugt ein Emblem, das in dem neuestens vielumstrittenen[1]) Pap. D. 46, 6, 12 enthalten ist:

Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.

Der Passus 'et ita demum . . . . . . supersederit', den schon sprachliche Anstöße[2]) als unklassisch erweisen[3]), fügt wiederum die subsidiäre Ganzhaftung an die Anteilshaftung an, welch letztere Papinian im postquam-Satze einwandfrei hervorhebt. Die sachliche Voraussetzung freilich, daß diesem Satze der Gedanke einer administratio divisa zugrunde liegt[4]), ist aus dem Fragment selbst nicht zu entnehmen. Ein nur leises Indiz in dieser Richtung bieten die 'nullae

---

[1]) Vgl. Binder 340f.; H. Krüger, ZSSt. 22, 223; Grünhuts Z. 37, 331; Girard, St. Fadda II 57ff.; Man. 5. Aufl. 759 N. 1, 761 N. 2; Levy, Sponsio 173ff.; Ch. Appleton, Mél. Gérardin 1ff.; Lenel, Ed. 210 N. 3 (vgl. schon Pal., praef. p. III N. 4); Erman, Zentralbl. f. Rechtsw. 28, 21; Albertario, Filangieri 1912 (mir nicht zugänglich); Beseler II 24, III 189; Taubenschlag 32 N. 21; Solazzi, Min. età 97; Riv. 54, 55ff., 60f., 60 N. 1, 294, Berger 61 N. 1.

[2]) idonea culpa! — culpam detegere ist *ἅπαξ λεγόμενον* (VIR I 1076, 2); zu detegere etwa noch D. 12, 6, 65, 1 (Eisele, ZSSt. 18, 19) und D. 2, 1, 15 (Beseler III 76f.) — culpa, quod — der quod-Satz ohne Subjekt und (ob. S. 34 N. 5) Objekt — supersedere: ob. S. 43 N. 2.

[3]) Ebenso Binder, Levy, Albertario, Beseler, Taubenschlag, Solazzi; dagegen außer Ascoli, Obbl. sol. 19 nur H. Krüger a. a. O. 223 und Berger 61 N. 1, 90.

[4]) So treffend Solazzi.

partes administrationis', mit denen Papinian im gleichen Quästionenbuche (D. 26, 7, 38 pr.) auf einen vorher besprochenen gegensätzlichen Tatbestand hindeutet.[1]) Aber von anderer Seite kommt wertvolle Hilfe. Der Streit, ob die Teilhaftung der Bürgen, die Papinian beschäftigt, die durch die lex Furia begründete[2]) oder die durch die epistula Hadriani gewährte[3]) sei, muß unbedingt im letzteren Sinne entschieden werden.[4]) Damit ist jedoch noch nicht durchaus die weitere Frage beantwortet, ob Fidejussoren oder Sponsoren in Rede standen. Hätte der Klassiker etwa von sponsores in provinciis accepti gehandelt[5]), so würde gleichfalls nicht die lex, sondern die epistula eingegriffen haben[6]) und überdies dem Regelrecht[7]), daß die satisdatio rem pupilli salvam fore von Sponsoren und nicht von Fidejussoren zu leisten ist, Rechnung getragen sein. Auch wäre dann ersichtlich, warum die Byzantiner mit den Sponsoren zugleich den auf die Provinzbestellung bezüglichen Zusatz getilgt hätten, der ja für die Fidejussoren in Ansehung der Teilhaftung keinen Sinn mehr hatte. Ist es hiernach keineswegs von der Hand zu weisen[8]), daß der Anfang gelautet hat: si plures ⟨sponsores in diversis provinciis⟩ a tutore pupillo dati sunt, so waren als pro parte haftende Tutoren gleichfalls solche, die in diversas provincias bestellt waren, entweder zu subintellegieren oder ausdrücklich bezeichnet.

Von dieser Auffassung aus ergibt sich für das fr. 12 zugleich ein Gedankengang, der — trotz aller byzantinischen

---

[1]) Vgl. ob. S. 69 N. 8, 70 N. 6. [2]) So Girard, Solazzi.

[3]) So Lenel, Appleton.

[4]) Gegen Girards Theorie von der Nachklage und exceptio legis Furiae: Appleton, ZSSt. 26, 14ff. und a. a. O.; Levy, Sponsio 71 N. 1; Wlassak, ZSSt. 28, 101; Lenel a. a. O. und ZSSt. 30, 336ff., bes. 338; Kübler, Berl. phil. Wochenschr. 28, 525, ZSSt. 29, 529.

[5]) Das hat erstmals Appleton, Mél. Gérardin 8ff. verfochten.

[6]) Gai. III 121a in Verb. mit Ulp. fr. Arg. 3 (Seckel-Kübler I 497).

[7]) das noch mehr als durch Gai. IV 89 durch Ulp. fr. Arg. 12 ins Licht gesetzt wird.

[8]) zumal auch bei Beibehaltung des Textes ein Ausnahmetatbestand zu unterstellen wäre: der, daß die Bürgen nicht römische Bürger waren (Lenel, Ed. 210 N. 3).

Betätigung im einzelnen[1]) — sicher dem Papinian zugehört.[2]) Wie es scheint, wurde die epistula Hadriani gegenüber Vormundsbürgen[3]) im späteren Kaiserrecht zwar nicht aufgehoben[4]), aber in ihrer Anwendbarkeit durch das Postulat begrenzt, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur. War also der Gerichtsstand der Bürgen der gleiche, so stand der Geltendmachung des beneficium divisionis nichts im Wege, wofern der Mündel die Bürgen gemeinsam belangte und so in iure[5]) die Prüfung der allseitigen Solvenz ermöglichte[6]);

---

1) Vgl. ob. S. 78 N. 2, unt. N. 4. Desgleichen ist das Phrasengeklingel nam — desiderasse ganz unzureichend, den nec quisquam-Einwand zu widerlegen.

2) Viel zu radikal Albertario und Beseler, die nur die ersten acht Worte stehenlassen: dagegen bereits Solazzi, Riv. 54, 56f., dessen hier überhaupt verdienstlichen Ausführungen der weitere Text vielfach folgt. Zusammenhängendes über die Frage der Streitgenossenschaft in Konk.-R. § 22.

3) Damit sind alle der epistula unterfallenden Bürgentypen gemeint.

4) Das benef. divisionis der Magistrate (ob. S. 47 N. 2) und Pap. D. 27, 7, 6 (u. N. 6) sprechen entscheidend gegen eine solche Aufhebung. Die sie trotzdem nahelegende Begründung 'qui non ipse contraxit ..... omnia', deren Tendenz weit über das Ziel hinausschießt und deren Sprache den Dilettanten verrät, ist sicher interpoliert. Von hier aus mag auch der Gegensatz ceteris quidem — pupillo vero beeinflußt worden sein.

5) Vgl. Lenel, Ed. 211f.; Levy, Sponsio 171f.

6) Richtig zieht Solazzi, Riv. 54, 54f., 57 hier Pap. D. 27, 7, 6 heran, dessen Tatbestand er zutreffend (66) mit C. 5, 57, 1 erklärt. Richtig tilgt er auch das unsinnige 'tutores solvendo sint et', das dem benef. divisionis der Tutoren zuliebe eingeflickt ist. Dagegen irrt er wohl, wenn er auch 'ex persona tutorum' streicht und damit den eigenartigen Tatbestand mit seiner iudicis mutatio aus den Augen verliert. Die mit dieser verbundene in integrum restitutio (dazu Duquesne, Transl. iudicii 221 ff.; Wenger, ZSSt. 32, 459ff.; vgl. Lenel, Pap. Nr. 420!) ermöglicht es dem 'kognoszierenden' Richter, über die ohne dividere actionem (C. 5, 57, 1) ursprünglich gegen die Tutoren mit erhobene Klage hinwegzusehen und deshalb 'den Maßstab für die Virilteile aus der Person der Tutoren zu entnehmen' d. h. die Teile durch Division des Ganzen zu gewinnen. Daß die administratio communis fuit, ist Voraussetzung wegen Pap. D. 46, 1, 51, 2. — Sollte, was nicht ganz auszuschließen ist, das fr. 6 von sponsores Italici gehandelt haben, so wäre für das benef. divisionis das gleiche Ergebnis doch wohl durch Analogie zu folgern; das Kaiserrecht, das die epistula Hadr. einschränkte, wird vor der lex Furia nicht haltgemacht haben: vgl. auch Lenel, Ed. 210 N. 3.

die gemeinsame Belangung selbst konnte — ein notwendiges Korrelat — der einzelne Bürge fordern. Gehörten die Bürgen hingegen zu verschiedenen Jurisdiktionsbezirken, so war die Berücksichtigung jenes Postulates nur durch Aufgabe des Benefiziums zu erreichen und also in unum dandam actionem. Daß Papinian dies erwogen habe, wird fast zur Gewißheit, wenn man, wie erforderlich, in D. 11, 2, 2 die Inskription II in XII ändert[1]) und somit in demselben Quästionenbuche, in dem fr. 12 steht, die Worte liest:

> Cum ex pluribus [tutoribus][2]) unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo[3]) omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis principum continetur.[4])

Tritt hierin der Sinn des 'apud diversos iudices' zutage, so eröffnet das fr. 12 selbst den Einblick in die Bedeutung des 'ex una[5]) tutelae causa'. Gegen die Bürgen desselben Tutors kommen in der Tat lauter identische Fragen in iudicium; sie können sich daher mit mehreren Tutoren, deren Bezirke

---

[1]) Um die überlieferte Inskription zu retten, setzt Lenel, Pap. Nr. 68 den Tutoren die Magistratskollegen gleich. Aber weder diesen (vgl. ob. S. 46 N. 5) noch jenen stand ein benef. divis. zu. Und selbst wenn man den hierauf bezüglichen quod-Satz tilgen wollte (so Arangio-Ruiz, Bull. 21, 247), erhielte man ein Ergebnis, das mit der Solidarhaftung der Tutoren oder Magistrate nicht zu vereinigen wäre: gegenüber Redenti, Arch. giur. 79, 63ff. vgl. Solazzi 60 N. 1, der tiefergehende Verfälschungen annimmt.

[2]) Hat man (s. vor. N.) zwischen dem quod-Satz und 'tutoribus' die Wahl, so muß dieses Wort fallen; vgl. auch das ähnliche Emblem in C. 5, 51, 5 (Solazzi 60 N. 1). Papinian mag wie im fr. 12 von sponsoribus in provincia acceptis gesprochen haben, weniger wahrscheinlich von (nicht anstößigen!) Fidejussoren, keinesfalls (so Solazzi 294) von Erben (über diese Konk.-R. § 22).

[3]) Dieser Antrag steht mit dem des D. 46, 1, 28 auf gleicher Stufe; in ihrem ungleichen Inhalt zeigt sich der Gegensatz zwischen dem gewöhnlichen und dem Vormundsbürgenverfahren.

[4]) So wird die von Solazzi 60 N. 1 vermutete Beziehung der (in indirekter Rede stehenden) Entscheidung des fr. 12 zu Kaiserreskripten noch enger geknüpft.

[5]) nicht etwa: unius! Deutsch: aus einer einzigen Tutelsangelegenheit.

geteilt und deren Gestionsangelegenheiten durchaus selbständig zu beurteilen sind, gar nicht vergleichen.[1]) Wenn also unter den sponsores in diversis provinciis a tutore dati quisquam putaverit, daß die Anteilshaftung, die mehreren entsprechend verteilten Hauptschuldnern zugute komme, ihm gleichfalls gebühre, so spekuliert ein solches Begehr auf eine rein äußerliche, sachlich bedeutungslose Ähnlichkeit in der Tatbestandsgestaltung. —

Endlich soll die subsidiäre Haftung für das im fremden Gestionsbereich Liegende aus Ulp. D. 26, 7, 9, 8 erhellen[2]):

> Constat eum, qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt vel ad quid aliud augmentum, administrare bona pristina non solere. si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur.

Aber nicht nur das Glossem 'vel — augmentum', sondern der ganze zweite Satz ist dem Ulpian fremd.[3]) In stilistisch ungeschickter Fassung erscheinen die beiden byzantinischen Verschuldenstatbestände nebeneinander[4]), dazu das berüchtigte supersedere[5]) und das im Gebiete der actio tutelae ganz unmotivierte, auch an sich verdächtige[6]) plectere, das an das punire in D. 27, 1, 35[7]) erinnert.[8])

---

[1]) So liegt denn auch das Interesse an gemeinsamer Belangung das eine Mal (Bürgen) auf seiten der Beklagten, das andere Mal (Tutoren) vorwiegend auf seiten des Klägers, dem sie aber nur dann verstattet ist, wenn die Tutoren in aliquo (= uno) loco administraverunt (Paul. D. 3, 3, 54, 1). Näheres: Konk.-R. § 22.

[2]) So Solazzi, Riv. 54, 47 N. 2; daneben verweist er auf C. 5, 43, 8, wo aber weder von Verwaltungsteilung noch von Haftung gesprochen wird.

[3]) So mit Recht Taubenschlag 49; anders noch Binder 343; H. Krüger, ZSSt. 22, 223; zweifelnd Solazzi, Min. età 297.

[4]) Vgl. ob. S. 34ff.

[5]) S. ob. S. 43 N. 2.

[6]) Vgl. Seckel-Heumann h. v. und wegen D. eod. 7, 3 i. f.: Pernice, ZSSt. 19, 123 N. 3; Beseler I 93, II 50; Solazzi, Min. età 147 N. 1, Riv. 53, 285f.

[7]) S. ob. S. 63 N. 6.

[8]) Zur Haftung des tutor simpliciter datus s. ob. S. 41 N. 3.

V. Die Haftung der Magistrate.

Das hiermit entworfene Bild würde unvollständig sein, wenn nicht noch die Haftung mehrerer Munizipalbeamten gegenüber ihrer Gemeinde[1]) mit wenigen Worten berührt würde. Allerdings ist es Rechtens, daß 'der Munizipalmagistrat die Gefahr schlechthin für alle Einbuße des Gemeindevermögens während seiner Amtsführung trägt'[2]), daß er 'ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden haftbar gemacht wird'. Bedenkt man aber, daß auch der Tutor universa negotia curare debet und für das factum des Kontutors regelmäßig[3]) sogar ohne eigenes Verschulden einzustehen hat, während in diesem letzteren Falle der Magistrat seit Marc Aurel[4]) nur verantwortlich ist, si intervenire et prohibere eum (scil. collegam) potuit[5]), so begreift es sich, daß die Mehrheitshaftung geradezu exemplo tutorum geordnet worden ist.[6]) In der Tat scheinen die Quellen in nuce das über die Tutoren Gesagte zu bestätigen, sowohl in dem, was die Klassiker lehren, wie in dem, was Justinian anstrebt. Das zeigt schon die Hauptstelle Pap. D. 50, 1, 11. 13:

Imperator Titus Antoninus Lentulo Vero rescripsit magistratuum officium individuum ac periculum esse commune. quod sic intellegi oportet, ut ita demum collegae periculum adscribatur, si neque ab ipso qui gessit neque ab his, qui pro eo intervenerunt, res servari possit [et solvendo non fuit honore deposito. alioquin si persona vel cautio sit idonea, vel solvendo fuit quo tempore conveniri potuit, unusquisque in id quod administravit tenebitur]. § 1. Quod si forte is, qui periculo suo nominavit magistratum,

---

[1]) Über die actio subsidiaria s. u. S. 87f.

[2]) Partsch, ZSSt. 29, 409, dessen treffende Ausführungen 408ff. hier überhaupt heranzuziehen sind. Nicht dawider Paul. D. 26, 7, 46, 1: ob. S. 39 N. 3, 4.

[3]) falls nämlich eadem res vorliegt: ob. S. 21 N. 4.

[4]) Papir. Just. D. 50, 8, 12, 5.

[5]) Da die Beamten nicht im ordentlichen Verfahren mittels actio belangt werden (Levy, Privatstrafe 41 N. 2) und daher auch nicht im eadem res-Verhältnis zueinander stehen können, so stimmt das genau zu ob. S. 55.

[6]) Vgl. Ulpian zu D. 50, 8, 4.

solvendo sit, utrum in eum prius actio reddi quasi fideiussorem debeat, an vero non alias, quam si res a collega servari non potuerit? sed placuit fideiussoris exemplo priorem conveniendum qui nominavit, quoniam collega quidem neglegentiae [ac poenae][1]) causa, qui vero nominavit, fidei ratione convenitur. 13. [Quid ergo, si alter ex magistratibus toto anno afuerit aut forte praesens per contumaciam sive ignaviam vel aegram valitudinem rei publicae negotia non gesserit et omnia collega solus administraverit, nec tamen tota res ab eo servari possit?] talis ordo dabitur, ut in primis qui rei publicae negotia gessit et qui pro eo caverunt in solidum conveniantur, mox peractis omnibus periculum adgnoscat qui non idoneum nominavit, postremo alter ex magistratibus, qui rei publicae negotiis se non immiscuit. nec iuste qui nominavit universi periculum recusabit, cum scire deberet eum qui nominaretur individuum officium et commune periculum suscepturum. nam et cum duo gesserunt et ab altero servari quod debetur non potest, qui collegam nominavit, in universum convenitur.

Ähnlich wie Tryphonin (D. 26, 7, 55 pr.) bei den Tutoren geht Papinian von der Regel aus, daß die Amtspflicht ungeteilt und das Risiko gemeinsam ist. Er deutet sie für den Fall, daß nur der eine Magistrat gessit, im Sinne einer bloßen Subsidiarhaftung des anderen[2]), und nur das fragt sich ihm, ob dieser andere vor oder nach dem (später[3]) so genannten) Nominator haftet. Die Frage wird im letzteren Sinne beantwortet, weil für den 'Nominator' das exemplum fideiussoris gelten soll. So ergibt sich als allgemeiner ordo: der gerierende Magistrat, seine Bürgen, der 'Nominator', der nichtgerierende Magistrat. Der etwaige Einwurf des 'Nominators' gegen das 'universi periculum' wird unter Hinweis

---

[1]) gloss.? Vgl. außer der Inkonzinnität von neglegentia ac poena ob. S. 63 N. 6, 82 bei N. 7, sowie Pernice, Lab. II 2, 178 N. 6.

[2]) Vgl. ob. S. 29.

[3]) Daß dieses Substantiv innerhalb des klassischen Sprachbereichs nur in einem Satze von Ulp. D. 27, 8, 1 pr. begegnet (VIR IV 204), macht den Satz verdächtig. Im obigen Text verwendet Papinian nicht weniger als siebenmal den Relativsatz qui nominavit (nominaretur).

auf den Fall 'duo gesserunt' zurückgeschlagen, in dem er zwar erst hinter dem (primär haftenden) zweiten Magistrat[1]), aber doch gleichfalls in universum belangbar sei.

Diese klare Erwägung wird durch zwei Embleme störend unterbrochen. Nur den Leser der klassischen Zeit zwangen die Worte 'ab ipso qui gessit' zu dem argumentum e contrario, daß der andere Magistrat überhaupt nicht geriert habe. Der Byzantiner hingegen ergänzte sein 'rem de qua agitur'[2]) und erhielt so das Resultat, daß auch der bloß im Einzelfalle nicht tätig gewesene Magistrat (dem individuum officium zum Trotz) erst hinter seinem Kollegen und dessen Bürgen und Nominatoren hafte. Zugleich bekam durch diese Einengung des Tatbestandes die Erörterung des Klassikers zwei Lücken, insofern sie nunmehr schwieg über die Haftung in den Fällen, daß a) die (nicht gemeinsam[3])) amtierenden Magistrate zahlungsfähig sind, b) der eine Magistrat überhaupt nicht geriert hat. Die zu a) gegebene Lösung, die auch äußerlich auffällt[4]) und schon mehrfach beanstandet worden ist[5]), bringt das dem officium individuum und dem periculum commune genau entgegengesetzte Ergebnis der Haftung für die von einem jeden gerierten Einzelnegotia. Zu b) brauchte nur der neue Tatbestand nachgetragen zu werden, aber auch das geschah in einer Weise, die den klassischen Ursprung unwahrscheinlich macht.[6])

---

[1]) Auf ihn geht das 'ab altero', wie auch das folgende 'collegam' erweist; ebenso Ribbentrop, Correalobl. 76 N. 18. Die Deutung = ab alterutro (so VIR I 399, 21) ist unmöglich. [2]) Vgl. ob. S. 25.

[3]) Nur für gemeinschaftlich geführte Geschäfte behielt das eingangs zitierte klassische Reskript Geltung.

[4]) si .... possit .... fuit. si .... sit .... fuit! — teneri in id (ob. S. 65 N. 7) — persona vel cautio (?) — der et solvendo-Satz vergißt die Bürgen.

[5]) Eisele, Arch. ziv. Prax. 77, 457 N. 75; Binder 299 und P. Krüger z. d. St. verdächtigen von 'quod sic' ab alles, aber ohne Grund. Vgl. auch Solazzi, Riv. 54, 63 N. 3, der jedoch den unusquisque-Satz retten und in ihm (ungeachtet des Beginns!) sogar eine behördliche Teilung ausgedrückt finden möchte. Für die Echtheit des Ganzen: Kalb, Jagd nach Interpolationen 22f.

[6]) Das Stück aut forte — valitudinem zweifelt auch Solazzi a. a. O. an. Die ganze Beispielsreihe mit ihren wechselnden Alternativ-

Im wesentlichen unverfälscht erscheint die Ganzhaftung der nicht ordnungsmäßig auf einen Verwaltungsbezirk beschränkten Gemeindebeamten und die Subsidiarhaftung des Zessanten bei Caracalla C. 11, 36, 1 pr., § 1:

> Etsi duobus simul cura pecuniae civitatis, non tamen separatis portionibus mandetur, singuli non pro virili portione, sed in solidum rei publicae obligantur. § 1. Cum autem de indemnitate eius quaeritur, prius eius bona qui administravit ac mox, si satisfieri non potuerit, collegae conveniuntur.[1])

Das folgende Reskript Gordians (C. eod. 2 pr.), das den Nominator (gleich dem Magistrat im Tutorenrecht) erst haften läßt, nachdem beide (gerierenden) Magistrate sollemniter fuerint excussi, ist um so willkommener[2]), als ein an das Reskript von Carus Carinus-Numerian (C. eod. 3) in unmöglicher Form[3]) angeflicktes Emblem die eben zu D. 50, 1, 11 pr. gekennzeichnete Behauptung zu wiederholen scheint, daß der eine Gerent für die Einzelakte des anderen Gerenten erst nach den nominatores einzustehen habe.

Das oben[4]) wiedergegebene Pap.-Ulp. D. 50, 8, 4 lehrt, daß eine private Zuständigkeitsverteilung das periculum nicht berührt und gerere und cessare ohne Rücksicht auf sie zu beurteilen sind. Diese Hervorhebung in Verbindung mit dem gerade hier betonten 'exemplo tutorum' macht es überaus wahrscheinlich, daß durch obrigkeitliche Bezirksabgrenzung die Magistrate periculo vice mutua liberantur.[5]) Denselben Schluß legen C. 11, 36, 1 pr.; eod. 2 pr.

---

partikeln ist überflüssig, weil sie alle denkbaren Fälle trifft; zur contumacia s. auch ob. S. 63 N. 6, 71 N. 5; zu 'sive ignaviam' ob. S. 35 N. 1 geg. Ende; omnia und tota hätte sich Papinian gespart; das Schema 'quid ...., si?' ist oft unecht: Beseler I 61ff.

[1]) Solazzi, Min. età 155, Riv. 54, 63 N. 3 streicht den ganzen § 1 'sia per la forma (bona conveniuntur!) sia perchè turba il contesto'. Beide Gründe sind unzutreffend; zum ersten vgl. VIR I 1025, 39—43. Das erste 'eius' bezieht sich auf 'rei publicae'.

[2]) Nur das überflüssige, durch soliditas berüchtigte Stück et ita — obstrictus könnte unecht sein. Vgl. auch gl. unusquisque.

[3]) Man vergleiche die verzweifelten Auslegungsbemühungen der Glosse. [4]) S. 60.

[5]) Anders wiederum Solazzi, Riv. 54, 63 N. 3.

nahe. Ist das richtig, so entsprechen in C. eod. 2, 1 die auch stilistisch nicht ganz glatten[1]) Worte 'ac, si nec is quidem sufficiat, novissime participem muneris' den in C. 5, 52, 2, 1 und D. 46, 6, 12 angetroffenen Verfälschungen.[2]) Das gleiche gilt von den Schlußzeilen in C. eod. 4; indessen legt diese Konstitution Diokletians so durchaus das Gewicht auf den Einzelakt[3]), daß die klassische Grundlage, das officium individuum, hier überhaupt bereits verlassen scheint.[4])

Nicht zum Vergleich geeignet ist die Haftung der Magistrate nach dem Recht der actio subsidiaria. Ulpian[5]) berichtet ausdrücklich, daß in diesem Gebiet magistratus .... non ut tutores tenentur und nur das streitig gewesen sei, ut sponsores an potius ut fideiussores deberent teneri. Dementsprechend wurde ihnen ein beneficium divisionis zugesprochen.[6]) Weiter aber geht die Klage gegen die Obervormundschaftsbehörde als solche[7]); nicht setzt sie eine magistratische Gestion in Sachen des einzelnen Mündels voraus.[8]) Also kann zwischen gerere und cessare nicht unterschieden und von einer Haftungsreihenfolge unter den Magistraten keine Rede gewesen sein. Aber die Byzantiner kümmert das nicht. Dem unter Berufung auf Hadrian von Ulpian D. 27, 8, 1, 9 vertretenen Satze, daß durch eine gegen die Gemeinsamkeit des periculum gerichtete conventio duumvirorum ius publicum mutari non potest, fügen sie — vielleicht durch Pap.-Ulp. D. 50, 8, 4 oder C. 5, 52, 3 getäuscht — die Worte an:

> prius tamen arbitror conveniendum eum, qui hoc suscepit, deinde excussis facultatibus eius tunc veniendum ad col-

---

[1]) Das doppelte 'si nec — quidem' ist unschön; wegen particeps muneris s. ob. S. 45 N. 4. [2]) Vgl. ob. S. 76 ff.

[3]) z. B.: id quod solus gessisti; si separati actus vestri fuerint.

[4]) Stand Diokletian wie im Tutorenrecht (vgl. C. 5, 51, 6, 1; 5, 52, 3) noch auf dem alten Standpunkt, so haben die Byzantiner hier tief eingegriffen. Darauf deuten vielleicht ob culpae nexum, das doppelte interpellare und ex nomine.

[5]) fr. Arg. 11. 12. [6]) S. ob. S. 47 N. 2.

[7]) S. auch Pernice, Lab. II 2, 180.

[8]) Vgl. Ulp. D. 50, 1, 2, 5; Ulp. D. 27, 8, 1, 6 (insoweit sicher echt; vgl. Beseler III 126 und II 26 f. besser als Solazzi, Min. età 149 N. 1); s. auch Lenel, Ed. 311.

legam, quemadmodum, si solus dedisset, diceremus prius eum, deinde collegam adgrediendum.

Das deinde excussis facultatibus eius tunc hat schon Mommsen zu verbessern gesucht[1]), 'arbitror — diceremus' ist inkonzinn, 'qui hoc suscepit' ungelenk und 'si solus dedisset' voller Ellipsen. Dazu kommt das oben[2]) gewürdigte veniri ad, das alsdann durch das *ἅπαξ λεγόμενον* adgredi[3]) wieder aufgenommen wird.[4])

III.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Bonn.

III.

Ergänzung von 8, 18, 4. 5.

Die Handschrift der Pariser Nationalbibliothek Lat. 9643, welche uns die Bücher 6—8 des Codex Theodosianus überliefert hat, war bei ihrem Auftauchen zum Teil durch Brand und Feuchtigkeit beschädigt. Dem ersten Herausgeber Cuiacius hat sie wesentlich in dem jetzt noch erhaltenen Zustand vorgelegen. Gelitten hatten insbesondere die Seitenränder; mit ihnen ging auch ein Teil der Schrift verloren. Was von denselben noch erhalten blieb, war geschwärzt, und damit die Schrift schwer lesbar geworden. Die Ergänzung der dadurch entstandenen Lücken ist von Cuiacius und nach ihm von Iac. Gothofredus meist glücklich durchgeführt worden. Erleichtert wurde sie dadurch, daß die Zahl der ver-

---

[1]) Ähnlich Solazzi, Min. età 155.

[2]) S. 58 N. 5. [3]) VIR I 211, 5.

[4]) Ganz ebenso wechseln beide Wendungen in Just. C. 4, 29, 23, 1a miteinander ab.

lorenen Buchstaben im ganzen sicher bestimmt werden konnte; so namentlich auf der Rückseite der Blätter, wo die Zeilenanfänge durchweg gleichmäßig einsetzen, wenn man von der Anfangszeile der einzelnen Konstitutionen absieht, welche mit *Imp.* oder *Idem* etwas auf den Rand hinüberragt. Am Zeilenschluß dagegen hat sich der Schreiber nicht ganz an den Schriftrahmen gebunden; um mit ganzen Wörtern oder Silben abzuschließen, ist er bisweilen um ein weniges hinter demselben zurückgeblieben oder hat ihn überschritten; er verkleinert auch wohl die Schrift und bedient sich mannigfacher Verschlingungen von Buchstaben. Zu beachten sind auch die Abkürzungen, welche er verwendet; sie treten durchweg und in reichlichem Maße in den Inskriptionen und Subskriptionen auf, seltener im Text der Konstitutionen, in dem insbesondere *b.* = *bus* und *q.* = *que* sowie am Zeilenende der *m* oder *n* bedeutende Strich mit untergesetztem Punkt über dem voraufgehenden Vokal begegnen.

Von besonderem Interesse sind die letzten stark verstümmelten 2 Blätter der Handschrift, welche zum Titel 8, 18 *de maternis bonis et materni generis et cretione sublata* gehören. Das vorletzte Blatt hat die Hälfte der oberen 5 Zeilen und von den untersten 5 Zeilen mehr als ein Drittel eingebüßt; vom letzten Blatt ist nur der Anfang beziehentlich (auf der Rückseite) das Ende der ersten 19 Zeilen erhalten. In der lückenhaften Gestalt, wie die auf denselben stehenden Konstitutionen in den Ausgaben vorliegen, haben sie nicht volle Beachtung gefunden. Um ihren Inhalt klarzustellen, womöglich auch den Wortlaut wiederzugewinnen, wird es nötig sein, auf die voraufgegangenen Konstitutionen desselben Titels einzugehen.

Bis zu Konstantin I ist daran festgehalten, daß der Erwerb der in väterlicher Gewalt Stehenden dem Gewalthaber zufalle, ihm auch im Falle der Emanzipation derselben verbleibe. Konstantin durchbrach diesen Grundsatz hinsichtlich desjenigen, was den Kindern aus dem Nachlaß der Mutter zugefallen war, durch die erste Konstitution dieses Titels vom Jahre 315.[1]) Dem Vater wird das Verfügungs-

[1]) In der Pariser Handschrift ist zwar ebenso wie in den Hand-

recht über diesen Erwerb entzogen, seine Stellung zu demselben wird wechselnd ausgedrückt: im principium mit *potestas* und *ius fruendi*, im § 1 mit *potestas atque dominium*, in § 3 mit *utendi fruendique potestas* verbunden mit Vertretungspflicht gegenüber Ansprüchen Dritter und zusammenfassend *ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam.* Gemeint ist danach zwar Eigentum, aber beschränkt durch Veräußerungsverbot und Anfall des Eigentums an die Kinder nach Wegfall der Gewalt.[1])

---

schriften der Lex Romana das Konsulat vom Jahre 319 angegeben, und daß dies der echte Text des Theodosianus gewesen, ergibt die Bestätigung durch den Justinianischen Codex. Auf das Jahr 315 führt aber die Vorlesung der an den Senat gerichteten Konstitution durch den Stadtpräfekten Vettius Rufinus, welcher nach dem überlieferten Verzeichnis der Präfekten (Mommsen, Chronica minora I 67) vom 20. August 315 bis 3. August 316 im Amte war. Über die mehrfache Verwechslung der Konsulate Constantino A. et Licinio vgl. die Vorrede von Mommsen zum Theodosianus S. CCIX. Die Datierung der Konstitution aus Aquileia paßt zwar zu 319 (vgl. Theod. 11, 30, 9. 11, 3, 1. 12, 1, 6) ist aber auch für 315 nicht ausgeschlossen, vgl. Mommsen S. CCV

[1]) Die gegenteilige Meinung, daß schon Konstantin den Vater au den Nießbrauch beschränkt habe, vertritt wieder Arabantinos in der *Συλλογὴ ἱστορικὴ εἰς τὴν ἑρμηνείαν τοῦ θεσμοῦ τῆς τακτικῆς ἀπροσπορίστου περιουσίας τῶν ὑπεξουσίων* (1902) nach dem Auszuge in dieser Zeitschrift XXV 406 f. Zutreffend ist, daß *dominium* und *dominus* nicht lediglich auf Eigentum geht, wenngleich es (abgesehen von dem Fall des *dominus* als Geschäftsherr) nur ganz ausnahmsweise für eine andere Beherrschung der Sachen gebraucht wird, vgl. Dig. 7, 6, 3. 42, 5, 8 pr. 42, 6, 8 pr. 43, 24, 15 § 8. [Irreführend ist die Zusammenstellung im Vocabularium iurisprud. II 345, 15f.] Aber wenn ein Gesetz bei der Umgestaltung eines Rechtsinstituts, welches bisher nur Eigentum des Gewalthabers kannte, den bisher im technischen Sinne gebrauchten Ausdruck wieder aufnimmt, so kann man nicht wohl annehmen, daß der Gesetzgeber ihn in einem anderen Sinne gebraucht habe; dazu kommt, daß in § 2 von dem emanzipierten Sohn, dem die mütterliche Hinterlassenschaft herausgegeben worden, gesagt wird, er sei jetzt *rei suae dominus* geworden; an eine bildliche Bezeichnung, wie Arabantinos meint, kann hier nicht gedacht werden. Auch die oben aus § 3 der Konstitution angeführten Worte *tamquam s. p. dominium* werden nicht richtig dahin ausgelegt, daß der Vater bei Vertretung der Rechte an der Sache als Eigentümer fingiert werde; sie besagen vielmehr, daß er trotz der dinglichen Beschränkung durch das Veräußerungsverbot volle und ausschließliche Vertretungsmacht habe.

Eine weitere Neuerung traf Konstantin in § 1 durch Aufhebung des Erfordernisses der Cretio für den Erwerb der mütterlichen Erbschaft, welcher bisher für den Erwerb von testamentarischen Erbschaften festgehalten war, zu welchen Gewaltunterworfene berufen waren.[1]) Damit war der Erwerb durch Antritt oder pro herede gestio seitens des Vaters ermöglicht, wenn das berufene Kind noch infans war.

In der nächstfolgenden Konstitution Konstantins wird das Veräußerungsverbot nochmals betont, eine Anweisung über die Herausgabe des Drittels an den emanzipierenden Vater gegeben und die freie Verfügungsmacht desselben über das praemium emancipationis hervorgehoben. Die Emanzipierten werden ermahnt, sich pietätvoll gegen die Väter zu benehmen, um die Erwartung auf künftigen Rückfall des abgetretenen Drittels nicht zu verscherzen. Die Stellung, in welche die Väter zu den bona materna kommen, tritt auch hier wieder auf in den Worten *ut dominium tantum possessionis usurpent*; der Ausdruck *dominium possessionis* kommt sonst nicht vor[2]), auf bloße Besitzherrschaft geht er zweifellos nicht.[3])

Das Verhältnis von c. 2 zu c. 1 ist zweifelhaft; daß sie jünger ist, steht aus der Tagesangabe des Erlasses fest. Gerichtet ist c. 2 an Iulius Severus; Gothofredus nimmt an, daß dies ein Vicarius gewesen sei (ebenso Mommsen). Anders Seeck[4]); er hält ihn für den Praeses Tarraconensis,

---

[1]) Gefolgert wird dies aus Gai. 2, 187. 189 Gregorianus Wisig. 14, 1; vgl. Huschke, Studien des röm. Rechts S. 254f.; Mühlenbruch-Glück 42, 398; Leist, Bonorum possessio II § 135, 13. 14. Kniep im Gajus-Kommentar zu II 187f. (S. 336) verweist noch auf Dig. 29, 2, 25 § 7. Ein weiterer Beweis liegt in unserer Konstitution; ein Anlaß, die cretio beim Erwerb der bona materna für überflüssig zu erklären und, wie hernach geschehen (c. 8 § 1 unseres Titels und 4, 1, 1), sie dabei ganz aufzuheben, hätte nicht bestanden, wenn daneben formlose Antretung zulässig gewesen wäre. Vgl. auch Gothofredus zu c. 1. Auf den von Arabantinos angenommenen Zusammenhang zwischen iussum des Vaters und cretio des Kindes einzugehen, ermöglicht der oben angeführte Bericht über dessen Schrift nicht.

[2]) In Dig. 47, 9, 7 *(domino possessionis)* bedeutet *possessio* das Grundstück (vgl. auch 41, 3, 5).

[3]) Die Interpretatio macht daraus in Anlehnung an das spätere Recht ususfructus. [4]) In dieser Zeitschrift X 213.

an welchen Th. 2, 6, 1 vom Jahre 316 gerichtet ist (die hier überlieferte Lesung *Iulio Vero* sei verdorben) und der in den Jahren 319 und 321 als Vicarius Italiae in Th. 11, 30, 9. 6, 31, 4 vorkommt. Die letztere Stellung passe aber zu c. 2 nicht, welche am 7. September in Mailand erlassen und erst am 7. Oktober in die Hände des Adressaten gelangt sei, während doch der Vicarius Italiae in demselben Ort seinen Amtssitz hatte. Seeck trägt deshalb kein Bedenken, c. 2 ebenso wie c. 1 in das Jahr 319 zu versetzen und anzunehmen, daß beide Konstitutionen, wenn auch mit einem nahezu zweimonatlichen Zeitunterschied, sachlich zusammenhängen. Mit der Gleichstellung der Adressaten kann man einverstanden sein, Bedenken erregt dagegen die Annahme, daß der Kaiser ein Edikt, welches als Reichsgesetz an den Senat gerichtet war, dem Statthalter einer verhältnismäßig kleinen Provinz fast gleichzeitig in abweichender und sachlich unvollständiger Fassung hätte zugehen lassen. Als Bescheid auf Zweifel hinsichtlich Auslegung des dem Statthalter zugesandten Edikts nimmt sich die Fassung der c. 2 nicht aus; auch paßt dazu die Zwischenzeit zwischen beiden Erlassen nicht. Das Bedenken Seecks gegen das Jahr 319 ist leichter dadurch zu heben, daß man in der Subskription *acc. Mediolano* statt *Mediolano. acc.* schreibt. Vielleicht ist diese Änderung noch dahin zu ergänzen, daß man das in c. 1 nicht unbedenkliche *Aquileia* als aus c. 2 abgeirrt vor *acc.* ergänzt; der Aufenthalt Konstantins in Aquileja ist für den 1. Juli und den 12. Oktober 319 bezeugt; dazwischen fällt ein Aufenthalt in Nisch am 25. Juli.

In c. 3 (a. 334) entzieht Konstantin dem Vater, den er nun einem bloßen Nießbraucher gleichstellt[1]), Verwaltung und Nießbrauch im Falle der Wiederverheiratung.

Mit c. 4 (a. 339) beginnt die verstümmelte Überlieferung. Auch der Schluß des Textes von c. 2 ist zu Beginn von Blatt 122 der Pariser Handschrift beschädigt, aber das Fehlende ergänzt die Lex Romana; Blatt 122 hat Cuiacius

---

[1]) Vgl. Schirmer, Erbrecht S. 176 Anm., der die Worte *quoniam in his usufructuarii remansisse uidentur* dahin deutet, daß das Recht des Vaters durch die auferlegte Beschränkung materiell zum Nießbrauch herabgesunken sei. Ebenso Brinz, Pandekten [1] II 1191f.; [2] III 643f.

anscheinend in demselben Zustand vorgelegen, wie es heute noch erhalten ist. Cuiacius, dem Gothofredus folgt[1]), überliefert folgenden Text, der hier nach der Zeileneinteilung der Handschrift wiedergegeben wird unter Einklammerung der heute verlorenen Teile:

Imp. Constantius A. ad Dionysium. Cretionis o[bser]-
uantiam praecipimus remoueri, per qua[m filii pa]-
triae potestati subiecti res ex materna h[ereditate]
uel ex diuersis successionibus ad se deuolutas ante]-
hac his in quorum potestate fuerant a[dquirebant],
ut intra sextum annum facultates a[d se pertinentes]
[2]) *si quidem superstites*
intra praefinitum tempus
ex materna hereditate uel gene-
[re] ad ipsos deuoluta sunt ad proximos
[perti]neant, quoniam priorem nostram iussi-
onem, quae sine temporis distinctione fil [3])*iorum*
successiones ad patres iusserit pertinere, aequitatis
ratio corrigi persuasit.

Das auf den ersten 6 Zeilen Eingeklammerte ist nach dem oben Gesagten Ergänzung von Cuiacius; auf den 2 folgenden Zeilen haben Vesme und ich noch einiges vor dem Texte von Cuiacius gelesen[4]), womit sich eine Wiederherstellung dieser und der folgenden Zeilen ermöglicht. Schwierigkeiten bereitet der Raum am Schluß von Zeile 5, um einen Anschluß des Folgenden zu gewinnen; *sancimus etiam* läßt sich dort nicht unterbringen, *itemque* würde Platz haben. So ergibt sich hinter *adquirebant* etwa folgender Text:

[itemque]
ut intra [s]extum annum facultates a[d eos deuolutas]
[patres eorum iure suo adquir]ant. sed si quidem superstites
[patribus filii non fuerint], si intra praefinitum tempus
[defuncti sunt, bona quae ex] materna hereditate uel gene-

---

[1]) Nur darin geht Gothofredus über Cuiacius hinaus, daß er die Zahl der fehlenden Buchstaben festzustellen versucht und Ergänzungen der noch verbliebenen Lücken vorschlägt.

[2]) Hier beginnt die Rückseite von Blatt 122.

[3]) Ein Fehler des Pergaments veranlaßte diese Lücke.

[4]) Vgl. Bd. 26 S. 323 dieser Zeitschrift.

[ris materni facultatibus ad] ipsos deuoluta sunt, ad proximos [maternos perti]neant, quoniam priorem nostram iussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres iusserit[1]) *pertinere, aequitatis ratio corrigi persuasit.*

Constantius[2]) verweist auf eine nicht erhaltene Konstitution, in welcher er ohne Rücksicht auf das Alter der Kinder den Vater die jenen angefallenen Erbschaften erwerben ließ, selbstverständlich mit der Beschränkung, welche Konstantin in c. 1 verordnet hatte. Dieselbe Konstitution scheint auch die Ausdehnung dieser Beschränkung auf die bona materni generis enthalten zu haben; eine Ergänzung von Zeile 5, welche die bona materni generis vom Nachlaß des Sohnes ausschlösse, scheint nicht denkbar. Bisher hat man diese Ausdehnung auf c. 6 (a. 379) zurückgeführt, aber diese Konstitution spricht nur von Schenkungen und Intestatbeerbung. So wird man dahin geführt, c. 4 nebst der angeführten älteren Konstitution auf letztwillige Zuwendungen zu beziehen, auf welche sich auch die Entscheidung in c. 5 dieses Titels beschränkt.

Die jetzt aufgestellte Unterscheidung im Alter hängt natürlich mit der Abgrenzung der infantia zusammen, welche bisher schon für den Antritt der an Unmündige gefallenen Erbschaften sowohl als für Erwerb der bonorum possessio in Frage kam. Das frühere Recht kannte aber keine feste Altersgrenze, sondern hielt sich an das *fari posse* oder *fari non posse* im Sinne der entsprechenden Geistesentwicklung der einzelnen. Das Alter von 7 Jahren, welches in Dig. 23, 1, 14 für das Verlöbnis, in D. 26, 7, 1 § 2 für das *agere tutore auctore* verlangt wurde, ist, wie bereits vermutet worden, erst durch die justinianischen Kompilatoren eingesetzt; diese Grenze hat erst Arcadius in c. 8 festgestellt, während Constantius das 6. Jahr als entscheidend ansah.

---

[1]) Lies *iusserat.*

[2]) Über das Versehen der Verfasser des Justinianischen Codex, welche die mit c. 4 zusammenhängende Konstitution in Cod. Iust. 6, 9, 8 auf Konstantin I bezogen, vgl. meine Bemerkung in der Ausgabe des Codex zur Subskription dieser Stelle.

Unzutreffend ist die Annahme von Leist[1]), daß nach c. 4 vor dem 6. Jahre des Kindes der Erwerb der Erbschaft unzulässig gewesen wäre, daß der Vater nur eine provisorische bonorum possessio hätte erlangen können.[2]) Das verträgt sich nicht mit dem von Constantius angedeuteten Inhalt seiner früheren Konstitution, wonach der Vater ohne Rücksicht auf das Alter der Kinder diese beerbte, worin liegt, daß sie auch als infantes bereits Erben der Mutter und der mütterlichen Verwandten geworden sein mußten. Ebenso setzt c. 4 voraus, daß die Väter schon vor dem 6. Jahre der Kinder Nießbrauch an den Erbschaften hatten, den sie durch eine provisorische bonorum possessio nicht erwerben konnten.[3]) Der Schluß der Konstitution geht also auch nicht auf transmissio der Berufung, sondern bedeutet Übergang der erworbenen Erbschaft auf Grund der väterlichen Gewalt.

Die nächste Konstitution wird von Cuiacius mit seinen Ergänzungen so überliefert:

Idem A. ad Leontium com. Or. Qui se patris negat heredem,
defuncti aui suscipere facultates non potest, maxime
emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad hu-
[i]usmodi beneficium peruenerit, et quod maternus
[a]uus relinquit, patri adquiritur: et si legatum fideicom-
[miss]umue esset solutum, bonorum patris effectum
[est. qu]od si fideicommissi dies legatiue iam cesserat,
[ad here]des patris petitio deuoluta est. Si uero filius-
[familias] ab auo suo materno heres ostenditur insti-
[tutus, patre] cernere iubente filioque cernente persona
[filii media h]ereditas peruenit ad patrem, dudum si
[4])*quidem placuisse*
gi temporis in heredi
inefficax esse ad[que patrib]
la sollemnita[s cretionis adq]
excepta caus[a maternorum]

---

[1]) Leist-Glück III 11. [2]) Leist ebenda S. 10.

[3]) Vgl. auch Brinz, Pandekten [2] III 644.

[4]) Hier beginnt Blatt 123. In der Ausgabe von 1586 sind die Lücken durch Punkte ausgefüllt.

bere certiss[imum est, in quibus uis ac uocabulum cre]-
tionis exp[ulsum est. nec uero dubitari potest, si pri]-
usquam lega[ti uel fideicommissi cederet dies aut iussu]
patris diceret c[retionem, propriae potestatis effectus]
est, arbitrio s[uo eundem haec potuisse conquirere].
Dat. VIII id. A[pril. Limenio et Catullino conss.]

In der Ergänzung der Lücken kam für die ersten 4 Zeilen Iust. 6, 14, 3 zu Hilfe, für die Wiederherstellung der letzten 4 Zeilen konnte Iust. 6, 30, 15 benutzt werden. Hinsichtlich des zu Blatt 123 der Handschrift gehörigen Textes scheint aber, daß zur Zeit von Cuiacius das Blatt noch vollständiger erhalten war als heute. Das muß man daraus schließen, daß Cuiacius die unvollständig wiedergegebenen Zeilen mitten im Wort abbricht, auch wo wie zu *patrib* eine andere Ergänzung als *patribus* nicht möglich ist; er wollte offensichtlich ein Bild des Zustandes der Zeilen geben. Auch die Abweichung am Schluß *conquirere* statt des justinianischen *quaerere* führt darauf. Ob freilich die von Cuiacius vollständig wiedergegebenen Zeilen, soweit sie vom justinianischen Text abweichen, ganz aus der Handschrift entnommen sind, könnte man bezweifeln[1]); immerhin darf man diesen Text als genügend beglaubigt festhalten, um so mehr als sein Text dem Umfang der Zeilen entspricht. Auch die Ergänzungen des Anfangs, welcher ebenso wie heut verstümmelt vorlag[2]), scheinen zutreffend zu sein. Es bleibt also nur die Aufgabe, die ersten 5 Zeilen von Blatt 123 der Handschrift auszufüllen. Daran haben sich Gothofredus und Mommsen versucht. Ersterer ergänzt so:

quidem placuisse p[robatumque nouimus more lon-]
gi temporis in heredi[tate solum patris imperium]
inefficax esse adque patrib[us non adquiri nisi il-]
la sollemnitas cretionis adq[ue 6 a. secuta fuerit,]
excepta causa maternorum: in his n. usum eos ha-]
bere certissimum est, in quibus usw.

---

[1]) Zu der viertletzten Zeile ist *filius* vor *iussu* zu ergänzen.

[2]) Daß Cuiacius nicht mehr vor sich hatte, als heut noch vorhanden ist, ergibt sich aus dem oben S. 92f. über den auf der Vorseite stehenden Schluß von c. 2 Gesagten.

In dieser Ergänzung trifft zunächst der Anfang nicht zu, weil hinter *placuisse* nicht *p* folgt, wie Gothofredus zu lesen glaubte; der Buchstabenrest, der noch erhalten ist, führt vielmehr auf *f*.[1]) Ferner haben Cuiacius und Gothofredus in der 3. Zeile die wohl vom Schreiber selbst gemachte Verbesserung *esset* statt *esse* übersehen. Daß auf Zeile 4 die Ergänzung den Raum nicht füllt, deutet Gothofredus durch 6a. (= sex asterisci?) an, und in Zeile 5 sieht er sich genötigt, um den gegebenen Raum nicht zu überschreiten, hinter *his* die Abkürzung *n*. (= *enim*) zu verwenden, welche sonst in der Handschrift nicht gebraucht wird.

Mommsen verzichtet in seinen Ergänzungen auf Einhaltung der Zeilenlängen; er ergänzt *dudum si quidem placuisse patet, ut possessio longi temporis in hereditatibus ad filios delatis inefficax esset adque patribus eas sola sollemnitas cretionis adquireret, sed excepta causa maternorum bonorum: ita adquiri non debere certissimum est* usw. Der Anfang mit *patet* stützt sich auf das von Gothofredus gelesene *p*; der Schluß von *ita* an ist in seiner Anknüpfung an den voraufgehenden Text nicht haltbar. An welchen Satz Mommsen hinsichtlich der longi temporis possessio gedacht hat, ist nicht klar; zutreffend wäre wohl die Diokletianische Konstitution in Cod. Iust. 3, 31, 10 (a. 294):

> *Si filiusfamilias delatam sibi hereditatem per longum tempus detinuit, eo ipso utpote agnita hereditate patri suo eius commodum adquisisse uidetur.*

hierherzuziehen, aber dann hätte die Ergänzung auf hereditates testamento filiis delatae gestellt werden müssen, was im justinianischen Text wegen der eingetretenen Rechtsänderung verwischt worden. Wenn, wie wohl anzunehmen, auf den Gegensatz zwischen dem Erwerb von testamentarischen und Intestaterbschaften hingewiesen worden, so wird man darauf verzichten müssen eine Ergänzung zu finden, welche sich in den gegebenen Raum einzwängen läßt; möglicherweise war in der Handschrift der Text durch Auslassungen entstellt.

---

[1]) Vgl. diese Zeitschrift 26, 323.

Neues Recht scheint durch c. 5 nicht geschaffen zu sein. Ob der Anfang derselben sich ebenso wie der übrige Teil lediglich auf den mütterlichen Großvater bezogen hat und erst in der justinianischen Fassung[1]) auf den väterlichen Großvater gestellt worden, wie man seit Gothofredus meist annimmt, bleibt zweifelhaft, da zunächst vom auus schlechtweg und dann erst vom auus maternus gesprochen wird.

IV.

Über den Gebrauch von Genetiv und Ablativ in den Ortsangaben der Subskriptionen.

Die Ortsangaben in den Subskriptionen der Konstitutionen schwanken zwischen Genetiv und Ablativ des Singular, soweit es sich um Namen handelt, welche der ersten oder zweiten Deklination angehören, und zwar gleichviel, ob *data* oder *proposita* oder *accepta* u. dgl. voraufgeht. Eine Regel ist dabei nicht eingehalten, nur so viel ist zu erkennen, daß bei einzelnen Ortsnamen der eine oder der andere Fall durchgängig oder überwiegend gebraucht wird. Bei manchen Namen sind daneben Abkürzungen gebräuchlich, welche unentschieden lassen, welcher Fall zu ergänzen ist. Die Herausgeber haben die Abkürzungen meist aufgelöst und dabei zwischen Genetiv und Ablativ geschwankt. Dies Schwanken zeigt sich auch noch bei Mommsen, der aber im Text kenntlich macht, daß die jeweilig älteste Handschrift eine Abkürzung braucht.

Eine Zusammenstellung der Überlieferung ist nicht ohne Interesse für den Sprachforscher; sie gibt auch einen gewissen Halt gegenüber der ebengedachten Willkür in der Ergänzung der abgekürzten Endungen. So weit freilich führt diese Zusammenstellung nicht, daß eine volle Gewißheit über den ursprünglichen Text gewonnen wird; es zeigt sich vielmehr, daß auch die ältesten Handschriften bei den Ortsnamen in derselben Stelle auseinandergehen, woraus man

---

[1]) Iust. 6, 14, 3: *Qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates suscipere non potest, maxime emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruerit.*

teils auf Willkür der Schreiber, teils darauf schließen darf, daß die Mutterhandschriften, auf welche sie zurückgehen, die Endung nicht ausgeschrieben hatten.[1])

Von den Ortsnamen, welche stets ohne Abkürzung auftreten, stehen folgende durchweg im Genetiv:

Agrippinae 3, 5, 7. 11, 3, 1. 11, 11, 1.
Coloniae Agrippinae 2, 19, 3. 4, 10, 1.
Alexandriae 14, 27, 1.
Apameae 11, 1, 37. 11, 5, 4.
Apolloniae 6, 31, 1.
Arimini 9, 16, 6.
Bessae 12, 1, 30.[2])
Brisiaci 6, 35, 8.
Brixiae 6, 4, 27. 11, 30, 61. 12, 12, 9. 14, 10, 3. 16, 2, 34.
Bononiae 11, 16, 5.
Caesenae 12, 1, 38.
Capuae 7, 9, 1. 11, 16, 14. 11, 30, 25.
Carnunti 9, 1, 12.
Ciliciae 10, 20, 7.
Concordiae 11, 39, 11. 16, 7, 4. 5.
Conplati 8, 7, 10.
Contionaci 4, 16, 4. 9, 3, 5. 11, 1, 17.
Dinummae 11, 7, 8.
Doridae 7, 4, 4.
Dorostoli[3]) 12, 6, 14.
Dorostori 10, 1, 11.
Florentiae 9, 1, 8.
Emonae 12, 13, 2.
Gyfyrae 6, 4, 12. 13.
Luceriae 7, 7, 2.
Lugduni 9, 38, 2.

---

[1]) So hat z. B. in 11, 7, 15 die Turiner Handschrift *Altino*, die Vatikanische *Altini*. Auf gleiche Weise mögen die Abweichungen entstanden sein, welche in ursprünglich zusammengehörigen Konstitutionen, wie in 7, 1, 2 *Sirmio* neben 8, 7, 3 *Sirmi*.

[2]) In Iust. 3, 39, 3, welcher die Ortsangabe zu Th. 2, 26, 1 überliefert, haben die Handschriften Bessi.

[3]) Dorostolo Iust. 5, 73, 4. 8, 41, 6.

Mantebri 12, 6, 11.
Mattiatici (Mart.) 10, 19, 6.
Mampsystae (Mopsuestiae?) 11, 20, 1.
Mursae 12, 1, 46.
Nasonaci 6, 4, 21. 6, 7, 1. 6, 11, 1. 6, 14, 1. 6, 22, 4. 8, 7, 12.
Niciae 1, 2, 5. 2, 33, 4. 8, 1, 14.
Salmariae 12, 1, 103.
Salonae 12, 7, 2.
Sauariae 1, 1, 1.
Ticini 12, 12, 11.
Valentiae (Melantiae?) 8, 5, 49. 11, 1, 22. 12, 1, 113.
Viennae 2, 6, 1.
Vincentiae 1, 1, 2. 3, 1, 6. 7, 1, 13.

Als Ablative treten auf:
Aedesa 7, 4, 9.
Altaripa 11, 31, 4.
Arelato 8, 7, 2. 11, 30, 5. 6.
Caesarea 2, 33, 1. 12, 6, 5.
Cauilluno 9, 40, 2.
Cilio 4, 13, 5.
Corduba 9, 1, 1.
Corintho 2, 4, 1. 9, 1, 2.
Cyzico 11, 30, 22. 11, 36, 17.
Damasco 7, 22, 9. 12, 1, 83. 16, 10, 16.
Emesa 12, 1, 25.
Foro Flamini 9, 35, 5.
Gerasto 16, 5, 1.
Lauriaco 12, 1, 31 = 8, 2, 1.[1])
Mnizo 9, 40, 16. 9, 45, 3. 11, 30, 57. 16, 2, 33.
Nemasia 12, 7, 3.
Regio 7, 22, 1. 11, 29, 1. 15, 1, 35.
Seleucia 11, 4, 1.
Senigallia 15, 1, 16.
Singiduno 10, 15, 2. 11, 30, 28.
Topisco (Topiso) 6, 10, 4. 6, 22, 8.

---

[1]) In 8, 2, 1 ist Lauriacc. Schreibfehler.

Tyro metropoli 5, 13 (14), 34. 7, 13, 11.
Vico Augusti 12, 13, 4.

Ein Schwanken zwischen beiden Casus findet sich zunächst bei folgenden Ortsnamen, für welche Abkürzungen nicht vorkommen[1]):

Altino 1, 12, 7. 1, 15, 17. 9, 30, 1. 2. 9, 40, 7. 9, 42, 16. 11, 1, 30. 11, 7, 15 (*T*). 11, 31, 5. 11, 36, 16. 14, 3, 7. 14, 15, 5. 6. 14, 21, 1. 14, 23, 1.
Altini 11, 7, 15 (*V*).
Ancyrae 1, 9, 3. 6, 30, 18. 6, 34, 1. 7, 10, 1. 9, 14, 3. 11, 36, 8. 12, 1, 76.
Ancyra 6, 3, 4.
Beryto (Byrito, Byritho) 1, 32, 7. 4, 13 (14), 6. 10, 24, 3. 11, 1, 19. 11, 2, 4. 11, 15, 2. 12, 1, 63. 13, 1, 9.
Beryti 13, 9, 1.
Constantinae 12, 6, 9.
Constantina 9, 23, 1.
Magontiaci (Mogontiaci) 4, 14, 7. 15, 7, 2.
Mogontiaco 1, 16, 13.
Naisso 2, 15, 1. 2, 16, 2. 9, 40, 5. 6. 10, 10, 5. 11, 27, 1. 11, 39, 1. 3. 12, 1, 29. 14, 8, 1. 14, 15, 1. 14, 22, 1. 15, 1, 12.
Naissi 11, 1, 8. 14, 3, 3—6. 14, 6, 2. 14, 17, 2.
Pataui 2, 19, 5. 6, 26, 3. 7, 13, 13. 9, 1, 14. 14, 18, 1. 16, 7, 3. 16, 10, 17. 18.
Patauio 16, 11, 1.

Bei den Ortsnamen, für welche auch Abkürzungen gebraucht werden, ist die Überlieferung hinsichtlich der Endungen folgende:

Antiochiae[2]) 1, 5, 1. 1, 16, 8. 3, 1, 3.[3]) 3, 5, 8. 3, 12, 1. 5, 13, 1. 6, 4, 5. 6. 6, 26, 1. 7, 4, 10. 7, 13, 7. 7, 18, 3. 7, 20, 4. 8, 5, 7. 15. 16. 8, 7, 14. 9, 17, 5. 9, 21, 5. 8. 9, 25, 2. 10, 14, 1. 10, 19, 2. 5. 10, 20, 8. 10, 22, 1.

---

[1]) Es bleibt dahingestellt, ob letzteres auf Zufall beruht oder absichtliches Vermeiden der Abkürzung vorliegt.

[2]) Vgl. Vat. fr. 276, Iust. 8, 31, 2. 8, 53, 24.

[3]) So in *NE*, abgekürzt in *PM*.

11, 3, 3. 11, 28, 1. 11, 30, 29. 11, 36, 6. 12, 1, 10. 23. 33. 34. 39. 51. 52. 53. 55. 56. 79. 14, 4, 3. 15, 1, 8. 9. 15, 2, 2. 16, 2, 16.

Antiochia[1]) 7, 13, 9.[2])

Aquileia 5, 14 (15), 16. 6, 19, 1. 6, 35, 6. 7, 18, 2. 7, 22, 2. 8, 8, 3.[3])

Aquileiae[4]) 1, 2, 9. 13, 1, 11.[5]) 15, 7, 8.[6])

Hadrumeti 1, 9, 2. 10, 17, 3. 11, 36, 1.[7])

Hadrumeto 6, 29, 2. 10, 1, 10. 11, 30, 2 (= 9, 40, 1.[8]))

Heracleae (Heracliae)[9]) 1, 13, 1. 7, 1, 8. 8, 4, 18. 9, 3, 2. 10, 4, 1. 10, 17, 3. 10, 20, 11. 10, 24, 2. 11, 28, 11. 11, 30, 13. 12, 1, 85—87. 106. 15, 5, 2. 15, 9, 1.

Mediolani[10]) 12, 1, 42. 43.

Mediolano 1, 2, 7. 8, 5, 53.

Nicomediae 7, 4, 8. 8, 7, 21—23. 9, 7, 2. 11, 1, 16. 12, 5, 1. 12, 12, 16. 14, 24, 1.

Nicomedia 6, 4, 32.

Ravenna 1, 2, 12. 4, 10, 2. 3. 16, 11, 3.

Ravennae 9, 1, 19. 11, 39, 13. 12, 1, 40. 16, 7, 7 (16, 11, 3?).[11])

Romae[12]) 1, 2, 2. 1, 9, 1. 2, 7, 2. 4, 11, 1. 6, 28, 1. 9, 1, 5. 14, 4, 5. 6. 8. 14, 10, 2. 14, 11, 1. 14, 14, 1. 14, 17, 5. 15, 12, 3. 16, 10, 19.

Serdicae[13]) 2, 10, 1. 2. 3, 2, 1. 4, 12, 3. 5, 10, 1. 8, 12, 2. 8, 16, 1. 9, 1, 1. 9, 37, 1. 9, 42, 1. 11, 7, 4. 11, 30, 18. 12, 12, 3.

Serdica 16, 2, 7.

Sirmio 1, 7, 1. 1, 15, 3. 1, 16, 3. 2, 4, 1. 2, 6, 3. 21. 2, 16, 1. 2, 18, 1. 2. 2, 19, 1. 2, 21, 1. 2. 4, 8, 4. 5, 14 (15), 15.

---

[1]) Vgl. Sirmond. 6.

[2]) Diese Konstitution hängt zusammen mit 7, 18, 3 (Antiochiae).

[3]) So *NGE*, Aquil. *PM*. [4]) Vgl. Vat. fr. 313.

[5]) 13, 1, 11 hängt zusammen mit 7, 18, 2 (Aquileia).

[6]) Aquila *V*, Aquil. *W*.

[7]) Verbunden mit 11, 30, 2 (Hadrumeto).

[8]) In 9, 40, 1 hat *V* hadrumet., *M* adrumeto, *E* adrometi.

[9]) Vgl. Vat. fr. 325. [10]) Vgl. Vat. fr. 282.

[11]) Vgl. Sirm. 2. 9. 10. 11. 13. 16. [12]) Vgl. Vat. fr. 257.

[13]) Vgl. Iust. 5, 71, 18. 8, 53, 26. Serdica wird nur selten abgekürzt.

6, 30, 1. 6, 35, 3. 7, 1, 2. 7, 4, 3. 16. 7, 20, 6. 7, 21, 1. 7, 22, 1. 7, 23, 1. 8, 5, 10.[1]) 8, 13, 4. 8, 15, 5. 9, 12, 2. 9, 43, 1 (*T*). 10, 1, 5. 10, 7, 2. 11, 29, 2. 11, 30, 7. 11. 12, 1, 44. 45. 12, 6, 7. 12, 17, 1. 13, 3, 1. 7. 15. 1, 4. 18. 16, 2, 5. (*E*).

Sirmi[2]) 6, 3, 14. 8, 7, 3. 9, 42, 4. 9, 43, 1 (*V*). 11, 19, 1. 11, 35, 1. 14, 25, 1. 15, 1, 2. 5. 16, 2, 5 (*V*).

Thessalonicae 6, 9, 2. 12, 1, 82. 13, 5, 4.

Thessalonica 3, 7, 2.[3]) 8, 2, 3.

Für die letzte Gruppe ergibt sich, daß für den Herausgeber ein Schwanken hinsichtlich Ergänzung der Endung ausgeschlossen ist bei Antiochia, Heraclea, Nicomedia, Roma, Serdica, Sirmium.

---

[1]) Sir. *T*.

[2]) Im Justinianischen Codex hat der Veronensis durchweg Sirmi, vgl. Iust. 4, 4, 9. 5, 28, 6. 7. 5, 33, 9. 5, 37, 17—19. 5, 51, 10. 12. 5, 56, 4. 5, 71, 13. 5, 74, 2. 6, 51, 2. 6, 14, 3—5. 6, 16, 2. 6, 17, 1. 6, 22, 3. 5. 7, 4, 12. 7, 66, 6. 8, 1, 3. 8, 4, 4. 8, 13, 18. 8, 16, 8. 8, 39, 3. 8, 41, 5. 8, 46, 8. 9. 8, 47, 7.

[3]) So *NGE*.

IV.

Zum Edictum perpetuum.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**

zu Freiburg i. Br.

1. Der Ediktstitel de alienatione iudicii mutandi causa facta.

Dieser Ediktstitel ist seit dem Erscheinen der zweiten Auflage meines EP. mehrfach Gegenstand der Erörterung gewesen, ohne daß es dabei zu wirklich abschließenden Ergebnissen gekommen ist. Das ist nicht wunderbar, da von den Kommentaren zu dem Titel nur sehr wenig in die Digesten übernommen wurde, dieses Wenige aber noch derart sei es durch Interpolationen, sei es durch Glosseme verdorben ist, daß der Interpret auf Schritt und Tritt unsicheren Boden unter sich fühlt.

In zwei Quellenstellen — Gai. 4 ad ed. D. h. t. 3 § 4 und Diocl. C. 2, 54, 1 — wird berichtet, daß unter unserm Titel eine in integrum restitutio verheißen gewesen sei. Andererseits ist aber in den Kommentaren mehrfach von einer prätorischen actio die Rede — die Gaius h. t. 1 pr. in factum actio nennt —, die der Prätor dem durch die Veräußerung Geschädigten auf Grund des Edikts gewährt habe. Das Problem ist, wie diese Berichte miteinander zu vereinigen sind. In meinem EP[1] nahm ich einfach an, die actio in factum sei das Mittel gewesen, wodurch der Prätor seine i. i. r. zur Durchführung gebracht habe. In EP[2] habe ich unter dem Eindruck der Einwendungen Karlowas[1]) diese Ansicht zurückgenommen und suchte nunmehr für i. i. r. und actio i. f. je ein besonderes Anwendungsgebiet abzugrenzen. I. i. r. ließ ich stattfinden, wenn die geschehene Veräußerung die eines Rechtes war, eines sei es die Aktiv-

[1]) Rechtsgeschichte II 1093.

sei es die Passivlegitimation bedingenden Rechtes; dann sei dem Veräußerer und gegen den Veräußerer actio rescissa alienatione gewährt worden. Habe sich dagegen jemand lediglich durch Besitzentäußerung einer gegen ihn als Besitzer begründeten Klage zu entziehen gesucht, dann sei i. i. r. im technischen Sinne ausgeschlossen gewesen, da rein tatsächliche Veränderungen durch i. i. r. nicht hätten rückgängig gemacht werden können; hier habe die i. f. actio eingegriffen. Diese Ansicht will nicht recht befriedigen. Nehmen wir zunächst den Fall, daß der Klagberechtigte die alienatio i. m. c. vorgenommen hat, so begreifen wir zwar, daß der Prätor dem Erwerber die actio versagte — Marcian. D. h. t. 12 —, begreifen auch, daß er eben deshalb unter Umständen dem gewesenen Eigentümer trotz der Veräußerung actio gewährte; nicht glaublich aber ist, daß die Verheißung der i. i. r. auf diesen Fall gemünzt oder doch mit gemünzt gewesen sei, d. h. daß der Prätor i. i. r. gerade demjenigen habe in Aussicht stellen wollen, gegen dessen arglistiges Verfahren das Edikt gerichtet war. Umgekehrt, wenn wir die Fälle ins Auge fassen, wo der durch sein Recht passiv Legitimierte dies Recht i. m. c. veräußert hat, so ist zunächst die Zahl der hierhergehörigen Fälle, in denen eine actio rescissa alienatione denkbar wäre, überaus geringfügig (als Beispiel mag die actio aquae pluviae arcendae genannt werden). Ferner aber wird durch die Gewährung einer actio rescissoria der gewesene Eigentümer doch nicht wirklich zum Eigentümer; er wird als Nichteigentümer, wie ich schon in EP[2] bemerkte, oft, ja i. d. R. außerstande sein, den eigentlichen Anspruch des Klägers zu befriedigen, z. B. bei der actio a. pl. arc. das schädliche opus zu beseitigen, so daß die actio gegen ihn dann zum bloßen Schadenersatzanspruch wird; das aber ist ein Ergebnis, das ganz ebensogut auch durch i. f. actio erzielt werden kann, und man versteht nicht, was den Prätor veranlassen mochte, statt der i. f. actio für solche Fälle eine besondere i. i. r. zu verheißen.

Nach alledem ist es nur natürlich, daß meine Vorschläge Widerspruch gefunden haben und daß man, da man die Notwendigkeit einer Grenzziehung anerkannte, andere Vor-

schläge dafür gemacht hat. Partsch[1]) schließt aus der in fr. 1 pr. h. t. a. E. gebrauchten und in fr. 3 § 4 fast genau wiederholten Wendung „ut.... tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit alium adversarium non habuisse", daß die hier erwähnte actio einen Vorprozeß gegen den alius adversarius voraussetze und einfach das Ziel verfolge, dem Kläger Ersatz des Schadens zu verschaffen, den er durch die Vorschiebung eines anderen Gegners erlitten habe.[2]) Nach Partsch hatte im Fall unseres Edikts der Berechtigte die Wahl zwischen der i. i. r. gegenüber dem Veräußerer und der normalen actio gegen den Erwerber, an die sich dann die i. f. actio als Ergänzung anschließen konnte. Die actio i. f. fand, meint er, statt, wenn entweder die i. i. r. durch die Natur des Falles ausgeschlossen war, oder der Berechtigte es vorgezogen hatte, die normale actio gegen den Erwerber zu erheben (a. a. O. S. 42. 47). Ob die alienatio i. m. c. f. Rechts- oder bloße Besitzveräußerung war, macht nach Partsch keinen Unterschied. Auch im letzteren Fall sei dem berechtigten seine frühere actio im Weg der i. i. r. wiedergewährt worden; über deren Formelfassung stellt er keine bestimmte Vermutung auf (a. a. O. S. 33), hält aber eine formula petitoria ficta possessione nicht für unmöglich (a. a. O. S. 42[1]). Man kann schon bezweifeln, ob eine derartige Fassung bei einer Formel denkbar ist, die in ihrer ursprünglichen Gestalt des Besitzes als Voraussetzung der actio gar keine Erwähnung tut. Gegen Partschs Annahme bestehen aber aus anderem Grunde unüberwindliche Bedenken. Fälle, in denen eine actio, die in erster Linie gegen den Besitzer zusteht, auch

[1]) De l'édit sur l'alienatio i. m. c. facta (1909).

[2]) Was Pissard, NRH. 1910 S. 386, gegen diese Folgerung vorbringt, scheint mir nicht begründet. Wenn er bemerkt, die Worte „alium adversarium habuisse" könnten einfach bedeuten „que le demandeur a trouvé en face de lui un autre possesseur", so widerlegt er damit jene Schlußfolgerung nicht, sondern er bestätigt sie. Das Perfekt „a trouvé" weist auf einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand zurück, auf eine vergangene Sachlage, worin die Veränderung in der Person des Gegners bedeutsam geworden war; dabei ist es aber kaum möglich, an etwas anderes zu denken als an einen der Vergangenheit angehörenden Prozeß.

auf denjenigen erstreckt wird, qui dolo desiit possidere, kommen ja in unseren Quellen genug vor[1]); aber eine actio in rem ficta possessione wird man vergebens suchen. Und das ist nur natürlich. Wer an der älteren Meinung festhält, daß auch is qui dolo desiit possidere zur rei vindicatio wie zur hereditatis petitio passiv legitimiert sei, muß die Gewährung einer solchen actio ficticia von vornherein für sinn- und zwecklos halten; denn jede alienatio iudicii mutandi causa fällt unter den Begriff des dolo desinere possidere.[2]) Aber auch wenn man mit mir annimmt, die r. v. sei in klassischer Zeit nur gegen den Besitzer gegangen, wird die Sache nicht anders. Die ficta possessione restituierte Vindikation wäre ja doch ebenfalls actio in rem, und ihre Übernahme würde, wie die jeder anderen actio in rem, nach dem Satz „in rem actionem pati non compellimur" von dem Beklagten haben abgelehnt werden können. Dann wäre dem Kläger nichts übriggeblieben, als, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen in Frage standen, zur actio ad exhibendum oder dem interdictum Quem fundum zu greifen.[3]) Die actio ad exhibendum aber und ebenso ohne Zweifel auch das interdictum Quem fundum standen ohnehin auch contra eum zu, qui dolo desiit possidere. Der Kläger kam also mit der actio ficticia um keinen Schritt weiter als ohne sie. Freilich mochte ja wohl auch einmal ein Nichtbesitzer freiwillig eine actio in rem übernehmen, ut perinde ac si possideret conveniatur[4]), und diese Möglichkeit wird auch gerade im Fall einer behaupteten Besitzentäußerung iudicii mutandi causa erwähnt, D. h. t. 3 § 5:

---

[1]) Man denke an die actio ad exhibendum, an das Edikt über die Noxalklagen in D. 9, 4, 21 § 2 u. a. m.

[2]) Man könnte sich für das Gegenteil berufen wollen auf D. 4, 7, 3 § 1: „Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat. sunt et alia complura talia." Aber daß dieses sinnlose Gestammel Interpolation oder Glossem ist, daran wird wohl niemand zweifeln. Vgl. auch fr. 3 § 4 h. t.: cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Gegen Karlowa, RG. II 1098 s. Partsch a. a. O. S. 41².

[3]) Vgl. meine Abh. in Grünh. Ztschr. 37, 518.

[4]) D. 5, 3, 25 § 17.

Quid ergo est[1]), si is [adversus quem talis actio competit][2]) paratus sit utile iudicium pati perinde ac si possideret? recte dicitur denegandam esse adversus eum ex hoc edicto actionem.

Allein die hier erwähnte Übernahme des iudicium beruht, wie Beseler (Beitr. 2 S. 154) mit Recht bemerkt, auf freier Bereitschaft des Veräußerers, nicht auf einem Restitutionsdekret des Magistrats; sie wird nur als ein Mittel erwähnt, sich der actio in factum zu entziehen. Die Stelle beweist daher nicht für, sondern gegen Partsch[3]), und daher wird auch Ulp. h. t. 4 § 2:

Pedius libro nono non solum ad dominii translationem hoc edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque: alioquin cum quo in rem agebatur inquit, si possessione cessit, non tenebitur —,

wird diese Stelle (darüber weiter unten) nicht von Gewährung einer actio in rem rescissa alienatione possessionis verstanden werden dürfen. Kaum viel anders als bei den actiones in rem liegt aber die Sache auch bei den actiones in personam. Allerdings könnte man sich sehr wohl denken, daß der Prätor eine actio in personam, deren Passivlegitimation an den Besitz geknüpft und die durch Besitzaufgabe verlorengegangen wäre, dem Berechtigten in der Weise restituiert hätte, daß er den Beklagten haftbar erklärte „perinde ac si possideret". Aber es gelingt mir nicht, ein Beispiel für ein solches Verfahren zu gewinnen. Bei allen Aktionen nämlich, die hier in Betracht kommen könnten, greift der Prätor in anderer Weise ein, nämlich dadurch, daß er, wie bei der actio ad exhibendum, die Passivlegitimation von vornherein ausweitet, d. h. sie auch auf den erstreckt, qui dolo desiit possidere. Hier fehlt es also durchaus an Raum für die Restitution.

Unsere Einwendungen gegen Partsch treffen auch das

---

[1]) Quid ergo est: diese Wendung ist bei Gaius häufig, daher als echt anzusehen. Vgl. Gai. II 125. 151[a]. 212, wahrscheinlich auch IV 51. 81.

[2]) talis und competit sprechen für Interpolation.

[3]) So mit Recht Beseler a. a. O. gegen Mitteis, ZRG. 43 S. 452.

System Pissards[1]), der die actio i. f. nicht auf den Fall des Vorprozesses beschränkt, sondern dem Berechtigten immer die Wahl zwischen i. i. r. und actio i. f. lassen will. Überdies aber ist es mir wenig wahrscheinlich, daß der Prätor dem Berechtigten zwei Rechtsmittel zur Verfügung gestellt habe, die praktisch ganz zu dem gleichen Ergebnis geführt hätten[2]), bei deren einem, der i. i. r., aber die Kognition über die Frage, ob eine alienatio i. m. c. vorliege, dem Prätor vorbehalten gewesen wäre, während sie bei dem andern, der actio i. f., dem iudex zugestanden hätte.

Noch eine andere Lösung der Schwierigkeit versucht, freilich selber zweifelnd, Mitteis.[3]) Er meint, ob nicht vielleicht die i. i. r. im Falle völligen Rechtsverlustes, die actio i. f. im Falle einer bloßen Erschwerung der Rechtsverfolgung Platz gegriffen habe. Anhaltspunkt für diese Unterscheidung ist ihm der Umstand, daß Gaius in fr. 1 pr. h. t. als Zweck des Edikts bezeichnet, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto, dann aber in fr. 3 § 1. 2 nur von einer durior causa spreche; die erste Wendung könne auf den Rechtsverlust, die zweite auf die bloße Erschwerung der Rechtsverfolgung gedeutet werden. Aber daß Gaiu deterior und durior causa in so verschiedenem Sinn verstanden habe, will nicht einleuchten; in den Worten liegt die vermutete Unterscheidung sicher nicht.[4]) Und, von anderm abzusehen, gegen Mitteis spricht die schon von ihm selbst angedeutete Undurchführbarkeit des Gegensatzes in der Praxis.

Einen ganz anderen Weg zur Beseitigung der Schwierigkeit schlägt Kniep[5]) ein. In seinem Bestreben, möglichst zahlreiche Unterschiede zwischen prätorischem und Provinzialedikt aufzuzeigen, stellt er die Vermutung auf, Resti-

[1]) NRH. 1910 S. 377f.

[2]) Diese Gleichheit des Ergebnisses ermangelt in sonstigen Fällen, wo wir i. i. r. und actio oder Interdikt nebeneinander finden, so in den Fällen des metus und der alienatio in fraudem creditorum. Dies gegen Pissard a. a. O. S. 388f.

[3]) ZRG. 43, 454.

[4]) Gegen Mitteis auch Pissard a. a. O. S. 385.

[5]) Der Rechtsgelehrte Gaius S. 158f.

tution habe nur der Prätor, actio i. f. der Prokonsul versprochen. Das steht nun in direktem Widerspruch mit dem Bericht des Gaius in fr. 3 § 4 h. t.: proconsul in integrum restituturum se pollicetur, einem Bericht, den Kniep (S. 162) nur durch Interpolationsvermutung zu entkräften vermag, und man fragt sich vergebens, warum denn Prätor und Provinzialstatthalter so verschieden verfahren haben sollten.

Das Problem scheint verzweifelt, und man begreift, daß Beseler (Beiträge 2 S. 153f.) auf den Gedanken kommen konnte, die Erwähnung der i. i. r. sei in den beiden Stellen, wo wir sie finden, ein dem Originaltext fremdes, unechtes Einschiebsel. Dieser Gedanke dürfte aber nicht zu halten sein. Es handelt sich zunächst um die Äußerung des Gaius in D. 4, 7, 3 § 4:

> Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit alium adversarium non habuisse: forte si quas inpensas fecerit aut si quam aliam incommoditatem passus erit alio adversario substituto.

Die Unstimmigkeiten in dieser Stelle sind längst bemerkt. Beseler konstruiert ein neues Unechtheitsmerkmal dadurch, daß er das quod . . . pollicetur im Sinne eines korrekterweise zu erwartenden acc. c. inf. versteht. Ein Glossator, so meint er, habe aus dem ihm vorliegenden Text den Schluß ziehen wollen, daß der Prokonsul i. i. r. verspreche, damit (oder so daß?) der Kläger usw. Ein solcher Schluß aus einem Text, der seinerseits die i. i. r. gar nicht nannte, scheint mir doch auch in einer Glosse über die Maßen unwahrscheinlich. Weit wahrscheinlicher dünkt mich auch heute noch die Ansicht, die ich schon in EP[2] vertreten habe, daß nämlich die Kompilatoren uns das, was Gaius an diesem Ort über die i. i. r. in Wahrheit gesagt hatte, unterschlagen haben; auf pollicetur wird etwa bei ihm gefolgt sein: eo pertinere, ut. An Stelle dessen, was sich im Original an dies ut anschloß, setzten die Kompilatoren eine ungeschickte Wiederholung dessen, was schon in fr. 1 pr. a. E. deutlich gesagt war, erläutert durch ein mit forte eingeleitetes, in

seiner Unbestimmtheit wertloses Beispiel. Die zweite Stelle, C. 2, 54, 1, lautet:

> Cum in rem actioni possessio pariat adversarium, alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur, intellegis quod, si rem, ne secum agatur, qui possidebat venumdedit et emptori tradidit, quem elegeris conveniendi tibi tributam esse iure facultatem.

Auch diese Stelle ist vielleicht nicht ganz unberührt geblieben. Anstößig ist doch wohl auch in einem Reskript Diokletians, daß auf „intellegis“ quod mit dem acc. c. inf. folgt; auch das etiam hinter alienatione befremdet, — man erwartet eher autem. Wenn aber Beseler uns überreden will, im Original habe statt i. i. r. gestanden: in factum actio, so fragt man sich wiederum vergebens, was die Kompilatoren veranlaßt haben könnte, an Stelle der ihnen sonst teuren, in den Digesten jedenfalls in den Vordergrund geschobenen i. f. actio die i. i. r. zu interpolieren.[1])

Auch auf diesem Wege ist also nicht zu helfen. Sollen wir nun die Waffen strecken? Ich denke, es gibt doch noch eine Möglichkeit: es gilt zu untersuchen, ob der Fehler nicht im Ausgangspunkt liegt, ob Karlowa recht mit der Behauptung hatte, daß i. i. r. und actio i. f. getrennte Anwendungsgebiete gehabt haben müßten, ob die actio i. f. nicht einfach das Mittel der i. i. r. gewesen sein könnte. Ich glaube heute in der Tat, daß ich einen Abweg betrat, als ich mich durch Karlowa bestimmen ließ, von der in EP[1] vertretenen Meinung abzugehen. Alle i. i. r. zielt doch darauf ab, dem zu Restituierenden eine verlorene Rechtsposition wiederzuverschaffen. Handelt es sich um den Verlust eines zivilen Rechts, so war allerdings für den Prätor der gewiesene Weg der, dem Benachteiligten auf Grund des Restitutionsdekrets die actio aus diesem Recht als actio rescissoria wiederzugewähren. Anders aber lag die Sache, wenn eine actio — zivil oder prätorisch — dem Berechtigten allein dadurch verlorengegangen war, daß in der Person des Beklagten eine Voraussetzung der Passiv-

[1]) Beseler a. a. O. S. 156 meint, die Konstitution sei auf Grund des angeblichen Glossems in D. 4, 7, 3 § 4 interpoliert worden.

legitimation verlorengegangen war. Hier war eine actio rescissoria häufig ganz ausgeschlossen. Stand das klassische Recht auf dem Standpunkt, daß actio in rem nur gegen den Besitzer stattfinde, so war eine actio in rem gegen einen Nichtbesitzer auch als rescissoria unmöglich. Hier konnte es dem Prätor nur darauf ankommen, dem geschädigten Kläger alles zu gewähren, was er mittels der verlorenen actio in rem gegen seinen ursprünglichen Gegner hätte erreichen können, und dazu war eine auf das Interesse gerichtete actio in factum das einzig geeignete Mittel. Aber auch in den sonstigen, nicht zahlreichen Fällen, wo reszissorische Fassung der Formel an sich denkar gewesen wäre, führte die formula in factum concepta genau zu dem gleichen Ergebnis, und so ist nicht abzusehen, warum der Prätor sich nicht auch hier zwecks Durchführung der Restitution der Fassung in factum hätte sollen bedienen können. Freilich, es bleibt ein Bedenken: hätte der Prätor sich einfach darauf beschränkt, statt der verlorenen actio eine i. f. actio zu verheißen, so hätte darin niemals das Versprechen einer i. i. r. gefunden werden können. Der i. i. r. ist charakteristisch, daß sie durch prätorisches Dekret und zwar jedenfalls i. d. R. auf Grund eigener causae cognitio ins Werk gesetzt wird. Wir haben aber auch keinerlei Grund für die Annahme, daß der Prätor die actio i. f. auf Antrag ohne weiteres bewilligt und die Frage, ob eine alienatio iudicii mutandi causa vorliege, der Entscheidung des iudex überlassen habe. Ein solcher Grund liegt namentlich nicht in der Bemerkung Julians in D. 10, 3, 24 i. f.:

> teneris mihi praetoria actione, quod fecisses, ne tecum communi dividundo ageretur

und ebensowenig in der Formulierung des diokletianischen Reskripts in C. 2, 54, 1:

> si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit et emptori tradidit . . .

Denn beide Stellen lassen nicht erkennen, in wessen Hand die Kognition über die hervorgehobene Voraussetzung der actio lag.[1]) Diese Kognition in die eigene Hand zu nehmen,

[1]) In EP § 46 a. E. glaubte ich aus diesen Stellen eine Andeutung über die Fassung der intentio entnehmen zu können.

hatte der Prätor alle Veranlassung. Handelte es sich doch hier darum, eine actio gegen jemanden zuzulassen, der nach der eigenen Behauptung des Klägers normalerweise nicht mehr passiv legitimiert sein würde. Besonders denke man an den gewiß häufigen Fall, den Partsch, freilich m. E. mit Unrecht, in den Vordergrund schiebt, daß der Kläger sein Glück bereits mit ungünstigem oder mangelhaftem Erfolg bei dem Erwerber versucht hat und nun die gleiche Streitfrage nochmals mit dem Veräußerer austragen möchte.[1]) Ich stelle mir also das Verfahren so vor, daß der Prätor zunächst in eigener Kognition das Vorliegen einer alienatio iudicii m. c. feststellte und erst daraufhin die i. f. actio genehmigte, die dem Sinne nach auf quanti A^s A^s interest N^m N^m non alienasse abgestellt war und vielleicht verschieden formuliert war, je nachdem ein Vorprozeß gegen den Erwerber bereits stattgefunden hatte oder nicht. Daß im ersten Fall die condemnatio, wie Partsch will, lautete: „quanti A^s A^s interest alium adversarium non habuisse", möchte ich nicht allzu bestimmt behaupten; denn diese Wendung findet sich unverdächtig nur einmal, in fr. 1 pr. i. f. h. t. und kann da sehr wohl bloße Interpretation sein; die Wiederholung in fr. 3 § 4 eod. steht, wie bereits bemerkt, unter dringendem Interpolationsverdacht. Nicht einmal das läßt sich mit Sicherheit sagen, daß Gaius die actio wirklich in factum actio nannte; es ist nämlich die Möglichkeit zu beachten, daß Gaius im Originaltext des fr. 1 pr. der prokonsularischen Kognition als Voraussetzung der actio gedachte, die Kompilatoren dies strichen und die Streichung durch die Charakterisierung der actio als i. f. actio zudeckten.

Über die Fassung der actio läßt sich im übrigen eine interessante Tatsache ermitteln, die bisher nicht bemerkt wurde: die Formel stellte das klägerische Recht durch ihren Wortlaut nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar

---

[1]) Irrig meint Pissard a. a. O. S. 386, daß er das gar nicht könne: „Supposons que le demandeur ait perdu son procès contre le possesseur; il ne pourra pas se retourner contre l'ancien, car dans les deux cas c'est la même question qui se pose, la question de propriété." Eadem quaestio allerdings, aber nicht inter easdem personas.

zur Kognition des Geschworenen. Dies folgt aus Ulp. 13 ad ed. D. h. t. 4 § 5:

> Haec actio in id quod interest competit. proinde si res non fuit petitoris aut si is qui alienatus est sine culpa decessit, cessat iudicium, nisi si quid actoris praeterea interfuit.[1])

Daß Kläger nicht Eigentümer der von ihm beanspruchten Sache oder daß diese Sache durch Zufall untergegangen ist, kommt hiernach nur deshalb zur Berücksichtigung, weil es solchenfalls am Interesse des Klägers fehlt, rem alienatam non esse.

Schließlich noch einige Worte über den Gedankengang in den auf uns gekommenen leider geringen Resten des Ulpianschen und des Paulinischen Ediktskommentars. Wenn, wie wir annehmen, das Edikt eine i. i. r. verhieß, an die sich dann die Proponierung einer Musterformel der auf Grund der i. i. r. zu gewährenden actio anschloß, so begreift sich ohne weiteres, warum Ulpian in fr. 4 pr. — § 4 immer nur von dem Platzgreifen des Ediktes und erst von § 5 ab von der actio redet. Er scheint zunächst, wie Gaius in fr. 3, an Beispielen gezeigt zu haben, worin der durch die alienatio dem Kläger zugefügte Nachteil bestehen könne. Dahin gehört fr. 4 pr.:

> Item si res fuerint usucaptae ab eo cui alienatae sint nec peti ab hoc possint, locum habet hoc edictum.

Weiterhin folgte die Erörterung des Begriffs alienatio, und hier bemerkte Ulpian (§ 1) zutreffend, daß nicht jedes dolo malo desinere possidere eine alienatio iudicii mutandi causa sei; die Kompilatoren fügten die unrichtige Umkehrung dieses Satzes hinzu, weil sie dadurch, daß sie die Vindikation contra eum qui dolo desiit possidere zuließen, unserm Edikt seinen vielleicht wichtigsten Anwendungsfall genommen hatten und dies gedankenloserweise doch nicht Wort haben wollten. Sodann folgt in § 2 der Bericht, nach Pedius beziehe sich das Edikt nicht nur ad dominii translationem, verum ad possessionis quoque. Das nimmt auf den ersten

---

[1]) nisi . . . . interfuit *Trib.*?

Blick wunder, da ja sowohl im pr. wie in § 1 schon von Fällen die Rede war, wo der Veräußerer nichts als den Besitz gehabt und diesen aufgegeben hatte; man fragt sich: warum nun nachträglich noch die Anrufung einer Autorität? Diese Anrufung wird eine besondere Bedeutung haben; Pedius wird nicht dafür angeführt worden sein, daß das Edikt auch im Fall der Besitzentäußerung Platz greife, was selbstverständlich war, sondern dafür, daß das Veräußerungs**geschäft** kein Eigentumsveräußerungsgeschäft (z. B. Manzipation, Verkauf und Tradition der **Sache**) zu sein brauche, sondern auch in der bloßen **Besitz**veräußerung bestehen könne. In § 3 folgt die Erläuterung des dolo malo des Edikts, in § 4 anhangsweise eine Anmerkung über die Anwendbarkeit des Edikts bei Servitutstreitigkeiten. Den Schluß bildet die Erörterung der actio.

Dieselbe Ordnung der Erörterung wie Ulpian dürfte auch Paulus beobachtet haben. Wenn dieser in fr. 8 pr. sagt:

> Ex hoc edicto tenetur et qui rem exhibet, si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit,

so hat er dabei wahrscheinlich den gleichen Fall im Auge, wie Ulpian in fr. 4 pr., den Fall nämlich, daß der Erwerber die Sache usukapiert hat. Wird die Sache auf erhobene actio ad exhibendum von dem Veräußerer in dieser veränderten Rechtslage exhibiert, so ist dies nach Ulp. 24 ad ed. D. 10, 4, 9 § 5. 6 kein exhibere im Sinne der Formel, und es kann daher keine absolutio erfolgen. Mag Paulus diese Ansicht geteilt haben oder nicht, jedenfalls bemerkt er mit Recht, daß hier auch unser Edikt Platz greife.[1]) Alsdann folgt in fr. 8 § 1 die Anführung eines Stücks Ediktswortlauts[2]):

---

[1]) Der Satz „si arbitratu ...... non restituit" kann, wie **Biondi**, studi I 107 richtig ausführt, nur auf die Exhibitionsklausel der actio ad exhibendum bezogen werden, nicht auf eine Restitutionsklausel unserer actio i. f. Diese war überflüssig, weil der Prätor schon bei seiner causae cognitio eine etwa erfolgende restitutio pristinae causae jedenfalls berücksichtigte.

[2]) Wenn **Karlowa**, RG. II 1093 meint, dies Zitat sei gewiß nicht mit „in integrum restituam" zu ergänzen, sondern es habe sich daran

quaeve (quae *scr.*) alienatio iudicii mutandi causa facta erit,

woran sich die Erläuterung der Worte iudicii mutandi causa (§ 1), alienatio (§ 2—5, fr. 10 pr.[1])) und dolo malo (fr. 10 § 1) anschloß.

2. Zur Formel der actio ad exhibendum.

Zur Zeit des Erscheinens von EP² war ich noch nicht zur Einsicht in die Hauptfunktion der actio ad exhibendum gelangt. Was ich inzwischen darüber ermittelt zu haben glaube[2]), erschüttert zwar nicht das Wesentliche meiner Formelrekonstruktion, führt aber allerdings zu einer veränderten Begründung. Diese soll im folgenden gegeben und zugleich die Gelegenheit zu einigen zusätzlichen Bemerkungen benutzt werden.

Die actio ad exhibendum war in ihrem ursprünglichen Zweck, der in klassischer Zeit immer ihr Normalzweck geblieben ist, auf den Fall berechnet, daß der Belangte gegenüber einer actio in rem die Defension verweigerte.[3]) Dann kam es zu dem bekannten prätorischen duci vel ferri iubere. Aber duci und ferri ist ohne weiteres nur durchführbar, wenn die Streitsache in iure gegenwärtig ist, und sehr wahrscheinlich machte der Prätor sein iubere selber von dieser Voraussetzung abhängig, das ja sonst meist nur ein Schlag ins Wasser gewesen wäre. Die actio ad exhibendum nun diente dem Kläger dazu, diese unerläßliche Gegenwart der Streitsache zu erzwingen. War sie herbeigebracht, dann wird es dem Beklagten auch jetzt noch offengestanden

---

das Versprechen der actio in factum angeschlossen, so muß ich das bestreiten. Hätte Karlowa recht, so müßte man erwarten: Si qua alienatio i. m. c. facta esse dicetur.

[1]) Fr. 10 ist versehentlich Ulp. 12 ad ed. inskribiert. Ich halte es, da fr. 10 als Fortsetzung so gut zu fr. 8 paßt, für wahrscheinlicher, daß das Versehen in dem Juristennamen und nicht (so Krüger) in der Buchziffer liegt.

[2]) Grünh. Ztschr. 37, 518f.

[3]) Daß das im Text Ausgeführte auch für die sonstigen Anwendungsfälle der actio gilt, liegt auf der Hand; ich glaube daher, diese Fälle beiseitelassen zu können.

haben, die Defension zu übernehmen; tat er dies aber nicht, so führte oder nahm der Kläger die Sache weg. Nehmen wir an, wie man m. E. muß[1]), daß die Exhibitionspflicht zivilrechtlich anerkannt war, so ergibt sich so mit Notwendigkeit eine auf „N^m N^m A^o A^o exhibere oportere" abgestellte intentio. Nur bleibt die Frage, was darin als Gegenstand der Exhibition bezeichnet war. Man möchte zunächst daran denken, daß die intentio einfach den Gegenstand der beabsichtigten Vindikation nannte, also: s. p. N^m N^m A^o A^o z. B. Stichum servum exhibere oportere. Allein eine solche intentio wäre in zahllosen Fällen unpraktikabel gewesen. Man vergegenwärtige sich nur die regelmäßige Sachlage. Es ist jemandem ein Sklave entlaufen oder sonst eine Sache abhanden gekommen. Er erfährt zuverlässig, daß ein Sklave, eine Sache von gleicher Beschaffenheit im Besitz des Numerius gesehen worden ist, und ruft daraufhin diesen in ius, um den Gegenstand als sein Eigentum zu vindizieren. In iure aber erklärt Numerius — das war sicher der Normalfall der Defensionsweigerung —, daß der von Aulus vermißte Gegenstand nicht in seinem Besitz sei, daß er überhaupt keinen Gegenstand besitze, der dem Aulus gehöre. Aulus erhebt daraufhin die actio ad exhibendum. Nun frage ich: kann deren vorwiegend gerade auf diesen Fall berechnete Formel so gefaßt gewesen sein, daß sie dem Kläger als Vorbedingung des iussum de exhibendo den Beweis auferlegte, Beklagter besitze just die von Aulus vermißte Sache, z. B. den Sklaven Stichus oder einen bestimmten Ring usw., und daß sie den iudex zur Kondemnation nur für den Fall ermächtigte, daß Beklagter diese individuelle Sache nicht exhibieren werde? Eine solche Formel würde den Kläger oft, ja meistens in die übelste Lage versetzt haben, weil er in der Regel nur mehr oder weniger starke Verdachtsgründe vorzubringen haben wird, die volle Sicherheit der Identität aber gegenüber dem Leugnen des Beklagten dann nur durch den Augenschein gewonnen werden kann, der gerade nur durch die Exhibition zu erzielen ist. Es muß daher, um das iussum zu erwirken,

---

[1]) EP[2] S. 217.

genügt haben, daß Kläger eine genaue Beschreibung seines Stichus usw. lieferte und Zeugen beibrachte, die erhärteten, einen dieser Beschreibung entsprechenden Sklaven usw. im Besitz des Numerius gesehen zu haben. War dieser Sklave exhibiert und erkannte ihn Kläger als den seinen, so war damit der Beklagte vor die entscheidende Frage gestellt, ob er diesen Sklaven defendieren wolle, und verneinenden Falles kam es zur ductio eben dieses Sklaven. Gehorchte dagegen der Beklagte dem iussum nicht, so wurde selbstverständlich nicht weiter untersucht, ob der bei Numerius gesehene Sklave wirklich der vermißte Stichus sei, Numerius vielmehr ohne weiteres kondemniert. Daraus aber ergibt sich für die Formel zwingend, daß ihre intentio, wie ich dies immer angenommen habe, eine intentio incerta gewesen sein muß, der wie allen andern intentiones incertae eine demonstratio vorausgegangen sein wird. Ich hatte früher (EP[2] S. 216) vermutungsweise folgendermaßen rekonstruiert:

> Quod A^s A^s Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait, quidquid, ut eo nomine recte experiri possit, A^o A^o exhiberi oportet, quod a N^o N^o possidetur dolove malo eius factum est quo minus possideretur neque arbitratu tuo A^o A^o exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Diese Rekonstruktion, wegen deren Begründung ich im übrigen auf EP[2] verweise, befriedigt mich heute nicht mehr ganz. Die demonstratio der actiones incerti gibt sonst überall den Grund des erhobenen Anspruchs an[1]); die demonstratio „quod .... suum esse ait" tut das nicht. Ich würde jetzt vorziehen, statt dessen zu setzen:

> Quod A^s A^s Stichum hominem a N^o N^o vindicare vult.[2])

Dies vindicare velle ist in der Tat der Grund des Exhibitionsanspruches, und diese Worte fanden sich auch in dem für den gleichen Zweck bestimmten interdictum Quem

---

[1]) Nicht, wie Arangio-Ruiz, le formule con dem. (1912) S. 43 in der n. behauptet, „l'oggetto della controversia e la pretesa dell' attore".

[2]) Bei anderer Grundlage des Exhibitionsanspruches natürlich entsprechend anders.

fundum (EP[2] § 248); unter den Begriff des „vindicare" fällt hierbei m. E. sowohl die rechtliche Inanspruchnahme wie die tatsächliche mittels ducere oder ferre.[1]) Bedenklich erscheint mir aber weiter heute auch die in die intentio eingeschobene, auch von der Kritik beanstandete[2]) Zweckbestimmung „ut .... possit", die es notwendig macht, dem oportet einen Doppelsinn, den „des praktisch Notwendigen und des rechtlich Zumutbaren" (EP[2] S. 215) zuzuschreiben. Faßt man die demonstratio so wie ich jetzt will, so steht nichts im Wege, der intentio die gewöhnliche Anknüpfung mit ob eam rem zu geben: quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o exhibere oportet; denn die Exhibitionspflicht wird rechtlich durch das vindicare velle begründet. Daran schließt sich ungezwungen das vielleicht doch besser aktiv zu fassende[3]): quod N^s N^s possidet dolove malo eius factum est quominus possideret. Sodann die Exhibitionsklausel in der gewöhnlichen Fassung: si ea res non exhibebitur.[4]) Endlich die condemnatio, wie oben angegeben, deren q. e. r. e. sich glatt an das ea res der Exhibitionsklausel anschließt. Wenn neuerdings wieder, Karlowa[5]) folgend, Arangio-Ruiz[6]) behauptet, an eine intentio incerta (die er übrigens billigt) könne die condemnatio nur mit eius angeschlossen werden, nicht mit q. e. r. e., so halte ich das für ganz ungegründet und auf vorgefaßten Ideen beruhend.

Die demonstratio der obigen Formel bin ich heute geneigt, in einer früher von mir bekämpften Weise zu vervollständigen, nämlich durch Angabe der Kennzeichen der vom Kläger beanspruchten Sache. In fr. 3 pr. h. t., da wo Ulpian gerade die demonstratio erörtert haben müßte, heißt es:

---

[1]) Auch im legatum per „vindicationem" hat das Wort sehr wahrscheinlich die gleiche Doppelbedeutung. Vgl. auch Wlassak ZRG. 44, S. 201[1].

[2]) Arangio-Ruiz a. a. O.; Beseler, Beitr. 1 S. 32.

[3]) So EP[1]; in EP[2] hatte ich lediglich aus stilistischen Gründen die passivische Form gewählt.

[4]) Die neuerdings von E. Levy, ZRG. 49 S. 1f., verneinte Frage, ob die Worte arbitratu tuo formelmäßig sind, muß hier dahingestellt bleiben.

[5]) RG. II S. 447. [6]) a. a. O. S. 42[2].

In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur.

Obwohl Stephanos ad h. l. argumenta mit γνωρίσματα übersetzt, habe ich früher auf Grund der üblichen Wörterbücher bestritten, daß argumenta die Bedeutung „Kennzeichen" haben könne. Inzwischen hat mich der Widerspruch Beselers (Beitr. 3 S. 10) eines Bessern belehrt, und so halte ich es, wenn nicht für sicher, so doch für wahrscheinlich, daß die dem Kläger bekannten Kennzeichen der Sache in die demonstratio aufgenommen wurden, um dem iudex bei der Identitätsprüfung einen Anhalt zu geben.

Eine Hauptcrux für alle Versuche zur Rekonstruktion unserer Formel bildeten früher die Stellen — vgl. insbesondere fr. 3 § 9—12, fr. 13, 19 h. t. —, die als das für die Zuständigkeit der actio eigentlich Entscheidende das bloße Interesse des Klägers an der Exhibition zu bezeichnen scheinen. Was ich in EP[1] und EP[2] ausführte, um diese Schwierigkeit zu beseitigen, trifft nicht den springenden Punkt. Hier hat Beselers Kritik (Beitr. 1 S. 1f.) den Weg gebahnt. Die Hauptstelle fr. 3 § 9 ist so, wie sie uns vorliegt, zweifellos justinianisch; mit Recht bemerkt Beseler (S. 1), es sei unmöglich, daß der im vorhergehenden so vorsichtig von Fall zu Fall vorschreitende Ulpian nun plötzlich in § 9 mit einer Regel herausgeplatzt sei, die jene Erörterung umwirft, indem sie jeden Exhibitionsinteressenten als richtigen Kläger bezeichnet. In fr. 3 § 10 halte ich die wiederholte Begründung „quia mea interest exhiberi" zwar nicht, wie Beseler, beidemal für interpoliert, wohl aber das erstemal; das zweite „quia mea interest" will nicht die rechtliche Grundlage der actio bezeichnen, sondern nur die Veranlassung, die der Kläger zu ihrer Erhebung hat. In fr. 3 § 11 halte ich, obwohl auch diese Stelle gewiß Veränderungen erlitten hat, den Satz „quamvis videatur interesse mea" zwar nicht für verdächtig (anders Beseler S. 5); aber, wenn hier negativ ausgeführt wird, daß das bloße Interesse an der Exhibition zur Begründung des Anspruchs nicht ausreiche, so berechtigt das ganz und gar nicht zu dem Schluß, daß die Fassung der Formel die entgegengesetzte Annahme sehr nahe legte; der Umstand, daß je nach der

Grundlage des Exhibitionsanspruchs die demonstratio immer wieder andere Gestalt annehmen konnte und mußte, reicht vollständig aus, um eine derartige Warnung vor allzu großer Weitherzigkeit zu erklären. In fr. 3 § 12 dürfte der Schlußsatz, der eine ganz überflüssige Wiederholung enthält, wieder mit Beseler (S. 7) als tribonianisch anzusehen sein. Desgleichen ist der Schluß von fr. 13 verdächtig (Beseler S. 9); doch würde der Satz „quia haec actio ei creditur competere, cuius pecuniariter interest" in diesem Zusammenhang, auch wenn er echt wäre, nicht beweisen, daß in der Formel etwas anderes stand als das von Gai. 4, 51 bezeugte „q. e. r. e. t. p.". Was endlich fr. 19 angeht, so kann m. E. der Eingangssatz „Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest" sehr wohl echt sein[1]); aus seinem ursprünglichen Zusammenhang bei Alfenus wird sich der Sinn, in dem er gemeint war, ergeben haben, etwa die ausschließliche Beziehung auf solche, die deshalb ein Interesse an der Exhibition haben, weil sie ein duci vel ferri iubere zu erwirken in der Lage sind; für die Formelfassung ist daraus keinesfalls etwas zu schließen.

3. Zur Formel der sog. actio de eo quod certo loco.

In EP[1] und EP[2] habe ich die condemnatio dieser actio, der „actio arbitraria"[2]), folgendermaßen formuliert[3]):

> N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eum pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve c. s. n. p. a.

Ich habe dort auch bereits auf die diese Fassung stützenden Zeugnisse aufmerksam gemacht, damit aber kein Glück gehabt, insofern zwei neuere Interpolationenforscher jenen Zeugnissen die Klassizität absprechen, ohne freilich über

[1]) Anders Beseler S. 7. Er meint, der Urtext der Stelle habe sehr wahrscheinlich von der actio furti non exhibiti gehandelt, was mir kaum möglich scheint.

[2]) Die Klassizität dieser Bezeichnung bestreitet Arangio-Ruiz, Bull. 25 S. 130f. Gegen ihn Biondi, Bull. 26 S. 16f.; Lenel, Festgabe für Sohm S. 221f.

[3]) Ähnlich schon Unterholzner, Schuldverhh. I S. 355.

Art und Tragweite der von ihnen behaupteten Interpolationen irgendwie einig zu sein. Während Biondi[1]) die These vertritt, die ediktale Formel sei durchaus nur auf Berücksichtigung des Ortsinteresses des Beklagten, nicht des Klägers abgestellt gewesen, und alle dem entgegenstehenden Stellen der Interpolation verdächtigt, hält umgekehrt Arangio-Ruiz[2]) es für wahrscheinlich, daß der klassische Geschworene nur das Ortsinteresse des Gläubigers berücksichtigt habe, und daß erst die Kompilatoren auch das Gegeninteresse des Schuldners mit hereingezogen hätten.[3]) Ich kann in diesem Widerstreit der Meinungen nach wiederholter Prüfung des Materials nur meine alte Meinung festhalten. Es hat einen durchaus formelmäßigen Anstrich, wenn es in c. un. h. t. von unserer actio heißt:

> in qua venit aestimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solvi.

Ein ernsthafter Verdachtsgrund gegen die Echtheit dieses Satzes ist weder von Biondi (s. diesen a. a. O. S. 62f.)[4]) noch von Arangio-Ruiz (Bull. 25, S. 163) beigebracht worden. Fast genau der gleichen Wendung begegnen wir in fr. 8 h. t.:

> quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi.

Freilich will hier Biondi (a. a. O. S. 38f.) statt eius vel

---

[1]) Sulla dottrina dell' actio arbitraria, Palermo 1911.

[2]) Bull. 25 S. 130f., besonders S. 181f.

[3]) Die Kontroverse zwischen diesen beiden Schriftstellern ist in ungewöhnlich gereizter Weise fortgesponnen worden, vgl. Biondi und gegen ihn wieder Arangio-Ruiz, Bull. 26 S. 5f., S. 147f.

[4]) Wenn Biondi daselbst n. 2 darauf aufmerksam machen zu sollen glaubt, daß „alterutrius" nur in c. un. cit. stehe, während es in fr. 2 pr. h. t. „utriusque", in fr. 8 h. t. „eius vel actoris" heiße, und dann fragt, wie diese Verschiedenheit der Ausdrücke von meinem Standpunkt aus zu erklären sei, so ist darauf zu erwidern, daß in den beiden letzteren Stellen das Wort „alterutrius" gar nicht gebraucht werden konnte. Denn wenn die Formel den iudex ermächtigte, nach seinem Ermessen das Interesse einer oder der anderen Partei zu berücksichtigen, so ist es gerade deswegen richtig, daß diese Formel utriusque utilitatem continet, wie es in fr. 2 pr. heißt; in fr. 8 aber wäre alterutrius, da dort von drei Personen die Rede ist, nicht am Platze gewesen.

actoris lesen: eius et debitoris, allein ohne wirklich durchschlagenden Grund.[1]) Die in der Stelle aufgeworfene und verneinte Frage, ob die Obligation des Bürgen sich durch den Verzug des Hauptschuldners vergrößere, ist durchaus nur unter der Voraussetzung verständlich[2]), daß die Formel dem iudex die Berücksichtigung des Interesses des Klägers erlaubte. Damit stimmt der Satz, den Ulpian in fr. 2 pr. an die Spitze seiner ganzen Erörterung stellt:

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei.[3])

Diese Bemerkung ist m. E. ganz unverdächtig. Die dem entgegengesetzte Meinung Nabers[4]) und Biondis[5]) scheint mir nicht begründet. Beide weisen darauf hin, Ulpian könne doch unmöglich im Eingang seines Kommentars diese kategorische Behauptung aufgestellt haben, während er die an das officium iudicis anknüpfenden Fragen und Zweifel doch erst weiter unten in fr. 2 § 8, im Anschluß an die condemnatio der Formel, aufwerfe und erörtere. Dies Bedenken wäre berechtigt, wenn fr. 2 § 8 uns unberührt überliefert wäre; allein gerade diese Stelle ist, wie ich glaube, zweifellos interpoliert, freilich in ganz anderer Weise als dies jene Forscher selbst annehmen.[6]) Ihr Eingang lautet in den D.:

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut si interfuisset rei Ephesi

---

[1]) Gegen de Medio, arch. giur. 68 S. 211 s. Biondi a. a. O. S. 39. Gegen Biondi besonders Segrè, mél. Gir. II S. 566[2], s. auch Beseler, Beitr. 2 S. 169.

[2]) Nicht haltbar scheint mir Beselers Vermutung (a. a. O.), der Satz „nec oportebit usw.“ könne Tribonians Werk sein. Gerade um diesen durchaus klassisches Gepräge tragenden Satz dreht sich ja die ganze Stelle.

[3]) Die in den D. hierauf folgenden Worte „quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, vel si actoris, maioris pecuniae fiat“ halte ich, wie ich schon in EP[2] andeutete, für eine erläuternde Interpolation.

[4]) Mnemos. NS. XXX S. 321.

[5]) a. a. O. S. 42f.

[6]) Naber a. a. O.; Biondi a. a. O. S. 45, Bull. 26 S. 35. Nicht minder unhaltbar ist die Rekonstruktion von Arangio-Ruiz, Bull. 25 S. 185 (gegen sie Biondi a. a. O.).

potius solvere quam quam eo loci quo conveniebatur ratio eius haberetur.

Ich nehme an sich durchaus keinen Anstoß[1]) an dem Gebrauch des Wortes servire in der gutlateinischen Bedeutung von „sich nach etwas richten" und sehe keinen Anlaß, das „quantitati servire" mit Biondi durch „quantitatem servare" zu ersetzen; aber ich halte den ganzen indirekten Fragesatz „utrum . . . . debeat" an dieser Stelle für sachlich unmöglich. Die Formel mag gefaßt gewesen sein wie sie will, so konnte doch die aufzuwerfende Frage niemals lauten „ob . . . oder . . .", sondern nur: unter welchen Voraussetzungen der iudex an der Kontraktssumme festzuhalten, unter welchen er davon abzuweichen habe.[2]) Der Verdacht wird dadurch bestärkt, daß sich an das Präsens „an minuere debeat" unmöglich das Imperfekt anschließen konnte: „ut . . . . haberetur". Dieser ut-Satz macht in seiner Fassung durchaus den Eindruck zweifelloser Klassizität, und da er nur vom Ortsinteresse des Beklagten, nicht von dem des Klägers handelt, so glaubte Biondi darin einen Beweis dafür zu finden, daß im Original vorher nur vom minuere, nicht vom excedere quantitatem die Rede gewesen sei. Sobald man eingesehen hat, daß der utrum-an-Satz in diesem Zusammenhang eine Unmöglichkeit ist, und daß er bei einem Klassiker mit dem Satz „ut . . . . haberetur" jedenfalls nicht so, wie in den Digesten, verknüpft gewesen sein kann, fällt dies Argument in sich zusammen. Ich bin auch heute noch der schon in EP² vertretenen Meinung, daß Ulpian, dessen Kommentar bei fr. 2 § 8 auf die condemnatio der Formel übergeht, an dieser Stelle auf deren Fassung zurückgekommen sein muß. Er mußte, mag nun die condemnatio dem Geschworenen die Berücksichtigung des Ortsinteresses einer oder der anderen Partei ausdrücklich zur Pflicht gemacht oder diese Berücksichtigung durch irgendwie unbestimmte Fassung nur stillschweigend offengelassen haben, auf diesen Punkt

[1]) Dies tun Naber und Biondi. Vgl. schon EP² S. 240².

[2]) Denn daß bei Abfassung der Formel die Möglichkeit einer Abweichung von der Kontraktssumme vorgesehen war, wird wohl nicht bestritten werden.

aufmerksam machen.[1]) Die Kompilatoren strichen, entsprechend ihrer Gewohnheit, das Formelzitat und was sich unmittelbar darauf bezog; zum Ersatz schoben sie den utrum-an-Satz ein. In dem unmittelbar darauffolgenden ut-Satz aber, der sich in seiner Fassung so nahe mit c. un. h. t. berührt, wird ein Rest der ursprünglichen Erörterung zu erblicken sein. Diese letztere Annahme würde vortrefflich zu einer anderen Vermutung stimmen, die ich schon in EP[1] und EP[2] geäußert habe, in Beziehung nämlich auf die in den Dig. unmittelbar folgenden Worte, die der Formelrekonstruktion so viel Schwierigkeiten zu bereiten schienen:

> Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem.

Ich führte dort aus, daß Julian hier nicht als bloße Autorität, sondern als Ediktsredaktor genannt sei, der in dieser Eigenschaft eine an dem älteren Formeltext geübte Kritik Labeos berücksichtigt habe.[2]) Dieser ältere Text habe nur auf das Ortsinteresse des Beklagten Rücksicht genommen, Julian aber, indem er N^1 N^1 durch alterutrius ersetzte, auch

[1]) Das würde auch dann zutreffen, wenn die condemnatio, so wie Arangio-Ruiz, Bull. 25, 195 will, einfach auf quanti ea res erit abgestellt gewesen wäre, was ich freilich für unmöglich halte (s. auch Biondi, Bull. 26 S. 49f.). Damit erledigt sich, was dieser Schriftsteller a. a. O. S. 192 gegen das im Text Gesagte vorbringt.

[2]) Dagegen erklären sich Biondi a. a. O. S. 50, Arangio-Ruiz Bull. 25 S. 167, beide ohne haltbaren Grund. Der Ediktsredaktor werde, sagt Biondi, von den Juristen bei den von ihm eingeführten Neuerungen sonst nie mit seinem Namen zitiert. Allein er selbst muß zugeben, daß diese Behauptung hinsichtlich der bekannten nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius nicht zutreffe (er hilft sich durch Interpolationsannahme), und gesetzt auch, daß der Ediktsredaktor in den paar sonstigen Stellen, die noch in Betracht kommen (D. 4, 2, 1 bezieht sich schwerlich auf das Julianische Edikt), nicht bei Namen genannt wäre, wäre es um deswillen im geringsten auffallend, daß in einer anderen Stelle sein Name auftaucht? Arangio-Ruiz fügt noch hinzu, die opinio Labeonis müsse als opinio de iure condito, nicht condendo gedeutet werden, und es sei unverständlich, daß eine legislative Neuerung Julians schon zuvor im Sinn einer solchen opinio von Labeo vertreten worden sei. Mir ist nicht ersichtlich, warum „opinio" gerade nur die von Arangio-Ruiz gewollte Bedeutung soll haben können.

das des Klägers hereingezogen. Sollte nun diese Vermutung richtig sein, so versteht man sofort, warum in dem unmittelbar vorhergehenden ut-Satz nur vom Ortsinteresse des Beklagten die Rede ist und warum es darin heißt ut..... haberetur, und nicht ut habeatur. Der ursprüngliche Zusammenhang wäre dann so zu denken, daß Ulpian zunächst auf die ältere Fassung der Formel hingewiesen hätte, dem Sinne nach etwa so[1]):

(olim ita formula concepta erat), ut, si interfuisset rei usw., ratio eius haberetur

und dann fortfuhr:

Iulianus Labeonis opinionem secutus usw.

Die Hauptstütze seiner Ansicht sieht nun freilich Biondi in § 33c. I. (4. 6), weil hier das mögliche Ortsinteresse des Klägers gänzlich mit Stillschweigen übergangen und nur das des Beklagten erwähnt werde.[2]) Ich habe gegen diese Verwertung der Stelle schon in EP[1] und EP[2] eingewendet, daß § 33c unsere actio nicht nach allen Seiten hin behandelte, sondern nur als ein Mittel, eine Schuld mit bestimmtem Erfüllungsort anderwärts ohne die Gefahr der plus petitio loci einzuklagen: da nun die Folgen der plus petitio loci der Rücksicht auf das Ortsinteresse des Beklagten entspringen, so sei es nur natürlich gewesen, daß der Institutionenverfasser, indem er unsere actio erwähnte, zugleich betonte, daß hierbei jenes Ortsinteresse nicht auf die Seite gesetzt werde, sondern auf andere Weise zu seinem Rechte komme; auf das mögliche Ortsinteresse des Klägers einzugehen, habe er keine Veranlassung gehabt. Das will Biondi nicht gelten lassen.[3]) Er meint, da Gaius, der die Vorlage zu § 33c geliefert habe, auf unsere actio nur gelegentlich der plus petitio loci eingegangen sei, habe er sich nicht auf die Darlegung dieser einen Seite unserer actio beschränken und die von mir behauptete Neuerung Julians nicht unerwähnt lassen können. Diese Widerlegung meiner Ansicht werde auch wunderbar (mirabilmente) bestätigt durch fr. 1 und 3 h. t. aus Gai. 9 ad ed., wo Gaius

---

1) Vgl. schon EP[2] S. 240 n. 3. 2) a. a. O. S. 6f.
3) a. a. O. S. 34f.

die Funktion unserer actio ganz in der gleichen Weise erkläre, wie in § 33c cit., während doch hier die Lehre von der plus petitio loci nicht den Ausgangs- und Drehpunkt seiner Darstellung bilde. Allein wir werden uns angesichts der vielen Lücken, die die Institutionen des Gaius aufweisen, über ähnliche Lücken in den res cottidianae, denen § 33c entnommen sein mag, nicht wundern dürfen und sind schwerlich berechtigt, dort die allseitige Erörterung eines nur gelegentlich berührten Rechtsmittels zu erwarten. Was aber die Digestenstellen anlangt, so ergibt fr. 1 cit. nur, was niemand bestreitet, daß der Anlaß zur Proponierung unserer actio das Bedürfnis war, dem Gläubiger die Möglichkeit zu bieten, an einem andern Ort als dem Erfüllungsort zu prozessieren, und fr. 3 gibt Beispiele, die das mögliche Ortsinteresse belegen sollen, allerdings dieselben Beispiele wie § 33c cit.; es sind das aber Beispiele, die ebensogut für das mögliche Ortsinteresse des Gläubigers wie für das des Schuldners angeführt werden konnten; insbesondere gilt dies, was Biondi (a. a. O. S. 36) verkennt, von der in beiden Stellen hervorgehobenen örtlichen Verschiedenheit des Zinsfußes. Denn wenn der Schuldner, der am Prozeßort zahlen muß, sich dort vielleicht das erforderliche Geld nur um höhere Zinsen beschaffen kann, so kann es auch umgekehrt sein, daß der Gläubiger, dem der Schuldner am Erfüllungsort keine Zahlung geleistet hat, infolgedessen das dort von ihm benötigte Geld um hohe Zinsen aufnehmen muß.

Wenn so die Quellen keineswegs für Biondis Ansicht sprechen[1]), so darf schließlich doch auch gefragt werden, ob diese Ansicht innere Wahrscheinlichkeit für sich hat. Gewiß, man versteht recht gut, daß und warum die Formel ursprünglich nur das Ortsinteresse des Beklagten berück-

[1]) D. 16, 2, 15, das von Biondi a. a. O. S. 29f. ebenfalls angezogen wird, habe ich im obigen unberücksichtigt gelassen. Auch ich halte den Passus quanti mea interfuit in dieser Stelle für interpoliert. Aber sie hat, auch wenn man dies anerkennt, keinerlei Beweiskraft für Biondis These. Daß der Gläubiger, der seine auf Zahlung zu Ephesus gehende Forderung zur Aufrechnung gegen eine Forderung ohne festgesetzten Erfüllungsort verwendet, die Inrechnungstellung seines Ortsinteresses nicht verlangen kann, ist ja doch selbstverständlich.

sichtigte. Wenn man dem Gläubiger die Möglichkeit einräumte, den Schuldner an einem andern Ort als dem vereinbarten zur Zahlung zu zwingen, so war sicher der nächstliegende Gedanke der, daß der Schuldner durch diese ihm aufgezwungene Verlegung des Erfüllungsortes keinen Schaden leiden dürfe. Allein notwendig mußte sich in der Praxis zeigen, daß die alleinige Berücksichtigung des Beklagten sehr häufig zu groben Unbilligkeiten führte. Ein Erfüllungsort wird mindestens ebensooft, wenn nicht öfter, im Interesse des Gläubigers vereinbart wie in dem des Schuldners; mußte es nicht als unerträgliche Härte empfunden werden, wenn dem Schuldner, der durch seinen Leistungsverzug den Gläubiger schon ohnehin schwer schädigen mochte und dann dem Gläubiger durch ständige Abwesenheit vom vereinbarten Orte die Klage an diesem Ort unmöglich machte, gar noch Abzüge von der Schuldsumme gestattet wurden?[1]) Mir scheint, daß der ältere Formeltext eine Kritik wie die von mir dem Labeo zugeschriebene und von Julian in die legislative Tat umgesetzte geradezu herausforderte. Es wäre wunderbar, wenn sie unterblieben wäre.

Muß hiernach die Hypothese Biondis abgelehnt werden, so erscheint mir noch viel unannehmbarer die von Arangio-Ruiz, wonach die klassische Formel umgekehrt nur das Ortsinteresse des Gläubigers berücksichtigt hätte. Diese Hypothese ist nur möglich dadurch, daß in dem Hauptzeugnis — § 33c I. cit. — die entscheidenden Sätze, man muß fast sagen, nach Willkür für interpoliert erklärt werden; sie widerspricht überdies den m. E. echten Äußerungen Ulpians in fr. 2 pr. und § 8 h. t. Nach der scharfen, aber in der Sache treffenden Kritik Biondis (Bull. 26, bes. S. 29f.) glaube ich auf eine eingehende Widerlegung verzichten zu können.

[1]) Biondi, Bull. 26 S. 41, geht so weit, zu behaupten, daß der Gläubiger, der, ohne daß der Schuldner in culpa war, an einem andern Ort als dem Erfüllungsort klagte, damit nach der römischen Auffassung auf sein Ortsinteresse verzichtete. Das heißt doch, angesichts der Zwangslage, in der sich der Gläubiger oft genug befand, die Tatsachen auf den Kopf stellen.

V.

Die Rechtsstellung des proximus adgnatus und der gentiles im altrömischen Erbrecht.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**
zu Freiburg i. Br.

In einem Vortrag, den ich im Jahre 1913 auf dem internationalen historischen Kongreß zu London gehalten habe[1]), habe ich, wie schon vor mir Perozzi[2]), die Ansicht vertreten, daß dem altrömischen Recht ein Erbschaftsantritt im Sinne der klassischen Zeit fremd gewesen sei. Für die naiv-sinnliche Auffassung der alten Zeit konnte, so führte ich dort aus, die hereditas kein bloßes Gedankending sein; den Römern der zwölf Tafeln war sie etwas körperlich Greifbares: Haus und Hof, Sklaven und Vieh, nicht eine bloße Rechtsstellung, die dem extraneus vom Gesetz angeboten und dann von ihm durch einfachen Willensakt erworben wurde. Wer vielmehr nicht schon wie der suus als Hausherr im Hause saß, konnte heres nur dadurch werden, daß er sich der familia tatsächlich bemächtigte, und eben darum erblickte das Gesetz seine Aufgabe lediglich darin, denjenigen zu bezeichnen, der sich in Ermangelung eines suus heres der familia bemächtigen dürfe, — familiam habeto. Darum kennt das Zivilrecht auch keine Form für den Erwerb der Intestaterbschaft; die Meinung, daß als solche die nur für den heres testamentarius bezeugte cretio gedient habe, ist durchaus abwegig. Der Erwerb der Erbschaft vollzog sich einfach durch die Inbesitznahme der Erbschaftssachen.

Soweit jener Vortrag. Ich glaube heute für die dort verteidigte Auffassung von einer neuen Seite aus eine Be-

---

[1]) Gedruckt in den Essays of legal history etc., edited by Paul Vinogradoff, Oxford 1913, S. 120f.

[2]) Istituz. II S. 505.

stätigung bringen zu können, die zugleich in gewisser Richtung noch darüber hinausführt.

In der Darstellung, die Gai. II 52f. von der usucapio pro herede gibt, findet sich eine merkwürdige Unstimmigkeit, die wohl auch schon anderen aufgefallen ist. In § 55 wirft der Jurist die Frage auf, warum eine „tam improba possessio et usucapio" überhaupt zugelassen worden sei; und darauf gibt er die Antwort, der Grund sei gewesen „quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent . . . ., ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur". Danach nun müßte man unbedingt erwarten, daß mit dem Moment des „Erbschaftsantritts" die Möglichkeit der possessio und usucapio pro herede aufhöre; denn nun wäre ja für die Opfer und für die Gläubiger gesorgt gewesen. Statt dessen berichtet Gaius in § 52, an der Stelle, wo von den Voraussetzungen der usucapio pro herede die Rede ist, diese Usukapion sei zulässig an Erbschaftssachen, und zwar an jeder einzelnen Erbschaftssache, so lange, als der Erbe den Besitz daran noch nicht ergriffen habe:

si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est[1]), aliquis possederit.

Ich weiß für diesen offensichtlichen Widerspruch nur eine Erklärung: zur Zeit, als sich die Voraussetzungen der usucapio pro herede feststellten, gab es noch keinen „Erbschaftsantritt", sondern das dem heres extraneus durch die Berufung erworbene Recht bestand einfach darin, die Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen; zur usucapio pro herede konnte es kommen, wenn und so lange er von diesem seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hatte. Gaius aber, der jenen alten Rechtszustand nicht mehr kannte, legt seiner Rechtfertigung des Instituts das wesentlich abweichende Recht seiner Zeit zugrunde.

Hiermit ist aber das, was wir aus Gai. II 52 folgern müssen, noch nicht erschöpft. Wie bemerkt, an jeder einzelnen Erbschaftssache war die usucapio pro herede

[1]) Damit stimmt Pomp. 22 ad Sab. D. 41, 3, 29: quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est.

so lange statthaft, als der Erbe sie nicht in Besitz genommen hatte. Gesetzt also, der Erbe hätte den Besitz der Hälfte oder von drei Vierteln aller Erbschaftssachen ergriffen, so wäre dadurch die Ersitzung des Rests noch keineswegs ausgeschlossen gewesen. In einer solchen Besitzergreifung würde aber die klassische Zeit unzweifelhaft eine pro herede gestio erblickt haben, die den Erwerb der gesamten Erbschaft mit sich brachte. Der Bericht des Gaius beweist also, daß die alte Zeit nicht diese Anschauung hatte, daß sie nicht nur keine hereditatis aditio, sondern auch keine pro herede gestio im klassischen Sinne, daß sie überhaupt keinen Universalerwerb der Erbschaft von seiten eines heres extraneus kannte. Das Recht, das die zwölf Tafeln dem proximus adgnatus und den gentiles einräumten, bestand lediglich darin, daß sie sich der einzelnen Erbschaftssachen bemächtigen durften, und dieses Recht war zeitlich begrenzt durch die Möglichkeit der usucapio pro herede.

Sind die obigen Ergebnisse richtig, so tritt der heres extraneus der alten Zeit in einen fundamentalen Gegensatz zum suus heres. Nur der suus heres war von jeher Universalsukzessor des Erblassers, der extraneus heres war es nicht. Das führt auf einige Fragen, die bei dem Schweigen der Quellen nur vermutungsweise beantwortet werden können.

Auf welchem Rechtswege machte der extraneus sein Recht an den Erbschaftssachen geltend, deren Besitz er noch nicht ergriffen hatte? Die Antwort bietet m. E. keine Schwierigkeiten.[1]) Die legis actio Sacramento in rem fordert die sei es wirkliche, sei es symbolische Gegenwart der streitigen Sache in iure. Deren Beibringung gehörte zur richtigen defensio der Sache und muß von jeher auf irgendeinem Wege direkt oder indirekt haben erzwungen werden können. Das vindicare des Klägers an dieser gegenwärtigen Sache wird als Ausübung des Besitzergreifungsrechts gegolten haben und enthielt so in sich schon die Rechtfertigung der aufgestellten Rechtsbehauptung. Nimmt man, wie ich es für wahrscheinlich halte, an, daß der extraneus trotz seiner von der des suus heres verschiedenen Rechts-

---

[1]) Vgl. schon meinen angeführten Vortrag S. 123[2].

stellung doch als heres bezeichnet wurde[1]), so nahm diese Rechtsbehauptung gegenüber einem andern Erbschaftsprätendenten, aber auch gegenüber einem bloßen Usukapienten pro herede, dem späteren pro possessore possidens, die Form der hereditatis petitio an, gegenüber einem possessor pro suo[2]) die der rei vindicatio. M. E. war der letzte Grund des Satzes, daß der Usukapient pro herede nicht bloß die Einzelsache, sondern ipsam hereditatem ersitze, wahrscheinlich die Absicht, ihm nach vollendeter Ersitzung das contra vindicare gegenüber der hereditatis petitio zu ermöglichen, ohne Rücksicht darauf, ob er von vornherein Erbschaftsprätendent war oder nicht. Ohne jenen Satz wäre er letzternfalls trotz Vollendung der Ersitzung der h. p. gegenüber in der legis actio wehrlos gewesen, und man hätte, wenn man diese unerwünschte Konsequenz umgehen wollte, den Kläger, sobald in iure Vollendung der Ersitzung auch nur behauptet wurde, auf die rei vindicatio verweisen und beschränken müssen. Wie unzweckmäßig das aber gewesen wäre, erhellt, sowie man an den gewiß sehr häufigen Fall denkt, daß der Usukapient nicht bloß eine einzelne Erbschaftssache, sondern deren viele, vielleicht die ganze Erbschaft in Besitz genommen hatte; dann hätten nach Umständen viele Dutzende von Vindikationen nebeneinander erhoben werden müssen.

Was war aber nach der hier vertretenen Auffassung das Schicksal der Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden? Da bei den Erbschaftsforderungen von Usukapion pro herede keine Rede sein konnte, so war nur der berufene Erbe zu ihrer Geltendmachung berechtigt, und machte er von diesem Recht keinen Gebrauch, so hatten eben die Erbschaftsschuldner den Vorteil davon. Was aber die Erbschaftsschulden anlangt, so muß gefragt werden, ob

---

[1]) Mir scheint das „cui suus heres nec escit" der zwölf Tafeln als Gegensatz die Möglichkeit eines heres, der nicht suus war, zu fordern; a. a. O. S. 122.

[2]) So nenne ich der Kürze halber den Besitzer auf Grund eines Singulartitels, auf Grund von D. 41, 10, 1, einer Stelle, die nach der Inskription Ulp. 15 ad edict. in die Lehre von der hereditatis petitio gehört.

die Haftung des heres extraneus als beschränkte oder als unbeschränkte zu denken ist. M. E. kann diese Frage nur in ersterem Sinne beantwortet werden, wie ich denn in dem vorerwähnten Vortrag die Beschränkung der Haftung auch für den Usukapienten pro herede vertreten habe. Ohne Universalerwerb ist unbeschränkte Schuldenhaftung kaum denkbar. Sollte der proximus agnatus schon durch die Besitzergreifung an einer einzelnen geringwertigen Erbschaftssache für die Erbschaftsschulden persönlich haftbar geworden sein, während vielleicht der größte Teil der Erbschaft in den Händen von Usukapienten und seiner Verfügung unerreichbar war? Man wird sich die Durchführung der Beschränkung der Haftung so zu denken haben, daß der heres extraneus sich der Belangung entziehen konnte, wenn er die Sache, an der die Haftung hing, dem Erbschaftsgläubiger überließ.[1]) Man muß sich schlechterdings von dem Gedanken frei machen, daß die Zwölftafelzeit einen allgemeinen Begriff der Erbenstellung gekannt habe, demjenigen gleich, den uns das klassische Recht bietet. Ich habe a. a. O. zu zeigen versucht, warum die Schuldenhaftung des Usukapienten pro herede nur als beschränkte gedacht werden könne, habe dort weiter darauf hingewiesen, daß das alte Recht auch eine beschränkte Schuldenhaftung der Vindikationslegatare gekannt haben müsse, da sonst — bis zur Einführung des beneficium separationis — der Erblasser in der Lage gewesen wäre, die Erbschaft durch Vindikationslegate dem Zugriff der Erbschaftsgläubiger ganz zu entziehen. Dann aber kann die Annahme beschränkter Haftung auch bei den heredes extranei keinen Anstoß erregen und machen sich die Analogien, die wir in der Rechtsvergleichung für die beschränkte Erbenhaftung finden, in ihrer vollen Bedeutung geltend: die Schuldenhaftung hängt an den Erbschaftssachen. Das alte Recht kennt nur eine Art von Erben, der unbeschränkt für die Erbschaftsschulden einzustehen hat, den suus heres; die übrigen he-

---

[1]) Ob hierher der bekannte Fall der Haftung für die sacra „qui de creditoribus eius plurimum servet“ (Cic. de leg. II 48) gehört, muß dahingestellt bleiben. Sichere Entscheidung ist hier kaum möglich.

redes — legitimi und testamentarii — sind diesem erst lange nach den zwölf Tafeln angeglichen worden. Die unbeschränkte Haftung der sui heredes aber erklärt sich sehr einfach daraus, daß die Gewaltunterworfenen des Schuldners auch schon bei dessen Lebzeiten mit ihrer Person dem Zugriff des Gläubigers unterlagen, und daß der Tod des Schuldners unmöglich die Wirkung haben konnte, sie von dieser persönlichen Haftung zu befreien; das ist auch der Grund, warum sie Zwangserben sind.[1])

Die Stellung des heres extraneus, wie wir sie uns denken, hat eine ganz auffallende Ähnlichkeit mit der des Vindikationslegatars. Auch dieser hat kraft des Legats das Recht, sich der legierten Sache zu bemächtigen, und kann dies Recht mittels actio in rem verfolgen. Eine Form für den Erwerb des Vindikationslegats gibt es so wenig wie für den der hereditas legitima. Auch die beschränkte Schuldenhaftung finden wir, wenn unsere Vermutungen zutreffen, hier wie dort. Wer behaupten wollte, das familiam habeto der zwölf Tafeln bedeute eine Art gesetzlichen Vindikationslegats zugunsten des proximus adgnatus und der Gentilen, würde sich schwerlich weit von der Wahrheit entfernen. Wie sehr die von mir vertretene[2]) Annahme, das älteste römische Testament habe keine heredis institutio enthalten, sei vielmehr ein reines Vindikationslegatentestament gewesen, durch diese Verwandtschaft gestützt wird, liegt auf der Hand; der heres institutus, wenn er kein suus war, wäre ja kaum etwas anderes gewesen als ein Vindikationslegatar.

Noch sei zum Schluß hervorgehoben, daß von unserm Standpunkt aus das Institut der usucapio pro herede viel von seinem rätselhaften Charakter verliert. Der Unberechtigte, der Erbschaftssachen an sich nimmt, übt Rechte aus, die nach dem Gesetz dem heres zustehen. Der heres, der dies geschehen und ein Jahr darüber hingehen läßt, ohne sein Recht geltend zu machen, hat sich, um den deutschrechtlichen Ausdruck zu gebrauchen, verschwiegen und verliert sein Recht an den Besitzer. Die Lage der Gläubiger

---

[1]) Lenel, Krit. Vjschr. XXVIII S. 175, a. a. O. S. 132.

[2]) in dem angef. Vortrag.

wird dadurch nicht berührt: die Sache haftet ihnen in derselben Weise wie zuvor. Der merkwürdige Satz aber, daß der Usukapient „ipsam hereditatem“ ersitzt, hat mit der Schuldenhaftung überhaupt nichts zu tun, ist vielmehr lediglich aus der Unerläßlichkeit des formalen contra vindicare zu erklären. Er wurde fallen gelassen, als im Weg des agere per sponsionem und des Formularprozesses eine einseitige hereditatis petitio möglich wurde. Erst seitdem wird man auch bei der Passivlegitimation zur h. p. zwischen dem possessor pro herede und pro possessore unterschieden haben. Es ist sehr auffallend, daß Gai. II 52 die der usucapio p. h. zugrunde liegende possessio als possessio pro herede bezeichnet:

> quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur,

während er IV 144 bei Angabe der Voraussetzungen des interdictum Quorum bonorum genau den gleichen Fall als possessio pro possessore hinstellt:

> pro possessore is possidet qui sine causa aliqua*m* rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.

Die II 52 gebrauchte Terminologie ist die ältere; sie erhielt sich neben der jüngeren, obwohl sie, nachdem die usucapio pro herede zu einer gewöhnlichen Sachersitzung geworden war, keine Berechtigung mehr hatte.

VI.

Peregrinische Manzipationsakte.

Von

Herrn Dr. Egon Weiß

Privatdozenten an der deutschen Universität
in Prag.

In unserer leider nicht allzureichen Überlieferung lateinischer Geschäftsurkunden aus der Zeit der Klassiker nehmen die als Siebenbürgische Wachstafeln bezeichneten Schriftstücke[1]) nicht allein durch die Reinheit der gebrauchten Rechtsformen, sondern auch deswegen eine besonders hervorragende Stelle ein, weil die Parteien, die hier auftreten, in ihrer Überzahl Peregrinen sind. Es ist innerhalb des Personenkreises, dessen Rechtsleben unsere Urkunden widerspiegeln, allem Anscheine nach eine Seltenheit, wenn ein Römer vorkommt[2]); die bedeutende Mehrzahl aller Kontrahenten indes sind, wie bemerkt, Peregrinen,

---

[1]) CIL. III, p. 921 mit einigen Ergänzungen Supplementum p. 2215. Es sind dies außer den vier Manzipationsurkunden (siehe den Text) eine Kundmachung über die Auflösung eines Vereines mit Rekognitionsvermerk (p. 925), vier Schuldscheine, darunter ein griechischer (p. 928—935), drei Dienstverträge (p. 948), ein Depositum (p. 949), ein Gesellschaftsvertrag (p. 950), das Bruchstück eines solchen (p. 952), ein Wirtschaftsbuch (p. 953) und andere unerklärbare Fragmente von etwa neun Urkunden.

[2]) So der Manzipant p. 959, mehrere Vereinsmitglieder in der testatio p. 925, Z. 5, 927, Z. 7, 14, die Parteien, Bürgen und Siegler auf dem Schuldschein p. 935; die Bürgen in den beiden peregrinischen Manzipationen p. 940, Z. 14, 944, Z. 12, der Bergmann und locator operarum p. 948, Z. 2 namens L. Ulpius Valerius, der Schreiber des auf derselben Seite stehenden zweiten Dienstvertrages Z. 1, der Depositumsgläubiger (commenda) p. 949, Z. 3, die Gesellschafter p. 951; außerdem treten Römer vielfach als Siegler auf, so in der testatio über Vereinsauflösung p. 927, Z. 1—11 und in der Mancipatio p. 939, zweite Kolonne. Alle anderen sind Peregrinen.

die nach griechischer Art ihrem Namen den ihres Vaters beisetzen, wie etwa die Hauskäuferin Andueia Batonis (Bruns I⁷ 331, 1) oder der Bergherr Socratio S[o]catis (Bruns I⁷ 370, 2, Z. 3).[1]) Von besonderem Interesse sind diese Verhältnisse in den Manzipationsurkunden, von denen uns unter unseren Wachstafeln vier begegnen; eine (Bruns I⁷ 330 Nr. 132) kommt freilich für uns nicht in Betracht, denn als Käufer tritt ein römischer Soldat Claudius Julianus auf. Hierbei sollen im ferneren Verlauf der Darstellung jene Manzipationen der Kürze halber mit römischen Ziffern bezeichnet werden.

CIL. III, p. 940 (Bruns I⁷ 329 Nr. 130) Sklavenkauf (142 n. Chr.) — I.

CIL. III, p. 937 (Bruns I⁷ 330 Nr. 131) Sklavenkauf (139 n. Chr.) — II.

CIL. III, p. 944 (Bruns I⁷ 331 Nr. 133) Hauskauf (159 n. Chr.) — III.

---

[1]) So Mommsen p. 923. In der älteren Literatur hatte namentlich Arndts, Gesammelte Civilistische Schriften 3, 1874, 92 darin die Bezeichnung von Sklaven und ihren Eigentümern erblickt, ähnlich wohl, wie in der bätischen Fiduziartafel (CIL. II 5042) als Manzipant auftritt Dama L. Titi ser(vus); doch ist diese Annahme unrichtig, denn die analog gefaßte Manzipation p. 944, Z. 4 bietet zwar wiederum bloß Ingenuum Callisti in der Innenschrift, doch die Exterior p. 947, Z. 7 gibt ausführlicher: Ingenuum Callisti filium et si qui et cet.; — ein Argument, das sich Mommsen merkwürdigerweise entgehen ließ. Ein andres Argument für die Peregrinität der Kontrahenten bietet Girtanner bei Detlefsen, Wiener Sitzungsberichte 27, 1858, 107. In der Zusage des griechischen Schuldscheins p. 933, Z. 4 *ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶ σ[οι εἰς] τὴν* Z. 5 *ἡμέραν ὡρισμένη[ν] ἀποδώσω· ὡς παριὸν ἔτι * κέ* findet er nämlich einen Anatozismus, da bereits vorher 12% Zinsen (*ἑκατοστή[ν]* Z. 4) verabredet wurden; nun binden die Wuchergesetze nur den Römer, sogar die Bundesgenossen nur dann, wenn sie Römern im Prozeß gegenüberstehen (Wlassak, Römische Prozeßgesetze 2, 153; Mitteis, Römisches Privatrecht 1, 69, Anm. 19), während bei den Peregrinen der Anatozismus, wie namentlich das cilicische Edikt Ciceros zeigt (ad Att. 5, 21, 11; 6, 2, 7), ausdrücklich erlaubt war. Wirklich kennen auch die Papyri der Kaiserzeit bei verzinslichen Darlehen noch darüber hinausgehende Verzugszinsen (Berger, Strafklauseln 1911, 120); allerdings erwähnt Modestinus D. 42, 1, 27 auch constitutiones gegen den Anatozismus, doch werden sie zwar wahrscheinlich auch die Nichtbürger getroffen haben, können aber auch erst nach unseren Urkunden erlassen worden sein, vgl. überhaupt Mitteis, Reichsrecht 120.

I.

Die Schwierigkeit, in die uns die manzipierenden Peregrinen bringen, ist der bisher zu unseren Urkunden erwachsenen Literatur[1]) nicht entgangen; man hat die Anwendung dieser Geschäftsform durch Nichtrömer wohl als unberechtigt und als gedankenlose Nachahmung eines Formulars hinzustellen versucht[2]); unterstützend berief man sich wohl auch auf die III, Z. 16 genannten tributa, die mit der Manzipabilität der dort verkauften Liegenschaft nicht in Einklang zu bringen seien. — Was indes den an erster Stelle genannten Einwand betrifft, so ist die Behauptung, daß Peregrinität und persönliche Manzipationsfähigkeit unverträglich seien, nicht aufrechtzuerhalten. Erst vor kurzem ist aus Anlaß unserer Urkunden auf den bekannten Bericht

[1]) Literatur zu den Manzipationsurkunden: Detlefsen, Wiener Sitzungsberichte 23, 1857, 601 flgde.; Arndts, Gesammelte civilistische Schriften 3, 1874, 84 flgde.; Bechmann, Kauf nach gemeinem Recht 1, 1876, 92, 190, 374; Jung, Römer und Romanen in den Donauländern 1877, 100; C. G. Bruns, Kleinere Schriften 2, 1882, 37, 91; Girard, Nouvelle revue historique de droit francais et étranger 7, 1883, 569 flgde.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 1, 1885, 795; Erman, ZSSSt. 20, 1899, 191; Rabel, Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht 1, 1902, 32, Anm. 1; 72, Anm. 1, 85, 131, 135; Weiß, Arch. 4, 334, 1; Lenel, Edictum perpetuum[2] 541; Mitteis, Römisches Privatrecht 1, 285, Anm. 72, Lauhn-Festschrift (Leipziger Dekanatsprogramm 1912) 18; Kipp, Geschichte der Quellen[3] 1909, 177; Krüger, Literatur und Quellen[2] 267 flgde.; Kircher, ZSSSt. 32, 1911, 102; Gradenwitz, Einführung 1, 1900, 46. Wegen der Wendung apochatus pro unciis duabus besonders Kübler, ZSSSt. 26, 1905, 536.

[2]) Natürlich soll deswegen nicht bestritten werden, daß unsere Urkunden auf Formulare, ähnlich wie die formula Baetica zurückgehen (Degenkolb, ZS. für Rechtsgeschichte 9, 1870, 121; P. Krüger, Kritische Versuche 1870, 44, Literatur[2] 265, Gradenwitz, Philol. 63, 579), die dem Zweck fiduziarischer Verpfändung diente. Dies ergeben vornehmlich sprachliche Ungenauigkeiten, die bei freier Abfassung nicht denkbar wären (gesammelt von Mommsen, CIL. III, p. 923). Andererseits ist sicher, daß die Formulare innerhalb des zwanzigjährigen Zeitraumes, über den sich unsere Urkunden verteilen, nach Zeit und Ort wechselten; insbesondere ist der Wechsel in den noch zu besprechenden Eviktionsklauseln auffallend, Rabel, Haftung 135 gegen Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 1, 797; Gradenwitz, Einführung in die Papyrusforschung I 59, Anm. 66; ferner Heidelberger Sitzungsberichte 1915, 9, 13 und Oertmann, Die Fiducia im röm. Privatr. 1890, 16.

Ulpians fragmenta 19, 4 hingewiesen worden[1]); Ulpian sagt dort:

Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.

Es ist nun an und für sich einleuchtend, daß auch unsere Manzipanten derartige Peregrinen sind, die aus irgendeinem Grunde mit dem commercium bedacht worden sind, wenn man die doch jedenfalls der mancipatio zur Last fallenden Förmlichkeiten erwägt, und überhaupt wird sich wahrscheinlich machen lassen, daß die Verfasser unserer Urkunden die Vorschriften des römischen Rechts sogar sehr genau beobachteten[2]), also auch den Gesichtspunkt der Rechtsfähigkeit nicht außer acht gelassen haben werden; denn die mancipatio eignet sich gewiß nicht zur gewohnheitsrechtlichen Rezeption außerhalb des ihr eingeräumten festumschriebenen Wirkungskreises. Außerdem läßt indes auch der historische Zusammenhang die Verleihung des commercium in unserem Falle glaublich erscheinen. Der Ausdruck commercium gehört in dem uns hier interessierenden Sinne[3]) dem eigentlichen juristischen Sprachgebrauch

[1]) von Premerstein unter ius Italicum in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie.

[2]) S. u. 143, 160. Hinzuweisen ist ferner auf den Umstand, daß unsere Urkunden durchaus formgerecht unter den Begriff der objektiv stilisierten Zeugnisurkunde fallen (Mitteis, Röm. Privatr. 1, 294 flgde; Breßlau, Handbuch der Urkundenlehre I² 50, dort auch 49 Anm. 2 eine Zusammenstellung der Literatur, ferner Siegel, Archiv für die civilistische Praxis 113, 1915, 5, Anm. 13. Nur erwähnt soll ferner werden, daß unsere Urkunden vom Standpunkte des Erwerbers aufgebaut sind, ähnlich insofern mit der baetischen Fiduziartafel, der Urkunde aus Pompei (Bruns I⁷ Nr. 134, p. 333, Z. 7 mancipio accepit), der Donatio Flavii Artemidori CIL. 6, 2, 10241, der Iulia Monime daselbst 10, 240, Z. 3; hingegen sind die übrigen Manzipationen, die wir besitzen, vom Standpunkte des Veräußerers ausgestellt. Wegen der Siegel (Besiegelung im Gegensatz zur Untersiegelung) Mitteis, Römisches Privatr. 1, 302, Anm. 46; Breßlau, Urkundenlehre I² 680; Erman, ZSSSt. 20, 1899, 181 flgde.

[3]) Zum folgenden: Voigt, ius naturale 2 (1858), 74 flgde., 4 (1875), 67 flgde.; Mommsen, Staatsr. 3³, 233, 577, 628, 632; Wlassak, Röm. Prozeßgesetze 2, 138, 28, ZSSSt. 28, 1907, 116; Mitteis, Röm. Privatr. 1, 116, und schon Huschke, Gaius, Beiträge zur Kritik 1855, 215, Anm. 29.

an; es ist bezeichnend, daß er sich weder in den Inschriften[1]), noch auch in den uns als solche überlieferten Gesetzen findet. Zum erstenmal hören wir davon bei Gelegenheit des Friedensschlusses nach dem sogenannten Latinerkrieg, wo es den latinischen Völkern, die es bis dahin untereinander ebenso wie das conubium[2]) besessen hatten, entzogen wird[3]); nur die Rechtsgemeinschaft mit den Römern bleibt ihnen, und wahrscheinlich bezieht sich auf diese Verhältnisse der in dem zweiten Artikel des Festus „sanates" überlieferte Satz: Nex[i mancipique] forti sanati[que idem ius esto] (p. 348)[4]), obwohl das commercium hier nicht unmittelbar genannt wird. Im strengen Sprachgebrauch ist es die Fähigkeit zum zivilen Rechtsgeschäft, zunächst zur mancipatio, und läßt daher sowohl die Geschäfte des ius gentium beiseite, wie es die Frage der Rechtsfähigkeit nicht berührt; der Erwerb vermöge des commercium verschafft also niemals ein Recht ex iure Quiritium, bringt überhaupt keine Änderung in der persönlichen Rechtsstellung hervor. — Aus diesem Grunde darf Ulpians Definition (fragm. 19, 5): . . . „emendi vendendique invicem ius" wohl als nicht durchaus zutreffend bezeichnet werden; denn die emtio venditio gehörte zum ius gentium[5]), das wenigstens zur Zeit Ulpians allgemeines Fremdenrecht geworden war, so daß zwischen der mancipatio und der emptio venditio insofern ein Gegensatz bestand.[6]) Abgesehen soll dabei von der Möglichkeit werden, daß Ulpians Begriffsentwicklung, selbst wenn man sie auf die mancipatio beziehen wollte, wahrscheinlich viel

[1]) Vgl. die Nachweise bei Ruggiero, dizionario epigrafico 3, 546, 547.

[2]) Mommsen, Staatsrecht III[3] 633, Anm. 1; Weiß, ZSSSt. 29, 1908, 354.

[3]) Livius 8, 14: . . . ceteris Latinis conubia commerciaque et concilia inter se ademerunt (335 v. Chr.).

[4]) Voigt, ius naturale 4 (1875), 273.

[5]) D. XVIII, 1, 1, 2; XIX, 2, 1; XLVIII, 22, 15 pr.; Weiß in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie unter ius gentium.

[6]) Doch wird die Erklärung Ulpians verständlich, wenn man ihren Ursprung so hoch in die Zeit der veteres hinaufrückt, daß damals emtio venditio nur eine geringe Rolle spielten und der Kauf sich ausschließlich in den Formen der mancipatio vollzog.

zu eng ist, indem das commercium, wie sich aus der Fähigkeit der damit bedachten Latiner zum Litteralkontrakt[1]) und, wenigstens in der Kaiserzeit, auch zur usucapio[2]) ergibt, den gesamten rechtlichen Erwerb und die Fähigkeit dazu eingeschlossen haben dürfte.

Regelmäßig ist das commercium gemeindeweise verliehen worden[3]), doch ist dies anscheinend nicht begrifflich notwendig; denn wir hören schon unter dem Jahre 170 v. Chr., daß es beschwerdeführenden Gesandten aus Gallien und Karnien zugleich mit der Erlaubnis zur Pferdeausfuhr und betreffs dieser res mancipi gewährt wird.[4]) Ist dies nicht bloß eine ungenaue und unjuristische Ausdrucksweise des Livius, der dabei vielleicht an polizeiliche Verkaufsbeschränkungen gedacht haben kann, so würde darin die Einräumung des Rechtes zur mancipatio durch privilegiarische Personalverfügung liegen, falls man es nicht vorzieht, vielmehr darin die Gewährung des Rechts zu der dem ius gentium angehörigen emtio venditio zu erblicken[4]), welch letzteres nach dem damaligen Stande seiner Entwicklung bloß den Angehörigen von Vertragsstaaten zugestanden haben mag.[5])

Läßt sich nun in den besonderen geschichtlichen Verhältnissen der Umwelt unserer Manzipationsurkunden ein Anhaltspunkt für die Verleihung des commercium finden? Tatsächlich bestanden in Dazien Verhältnisse, wie sie derart, unserem Wissen zufolge, im römischen Reich nicht wiederkehrten, auf der anderen Seite allerdings auch eine ganz besonders dauerhafte, bis auf den heutigen Tag fort-

[1]) Liv. 35, 7: . . . via fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent, dazu Mitteis, Röm. Privatr. 1, 119; vgl. auch Jörs, Röm. Rechtswissenschaft 1, 1888, 127.

[2]) S. u. S. 157.

[3]) Dies ist freilich nur Vermutung, wenn man von den latinischen Gemeinden, wo der Verleihung des commercium doch die Stammesgemeinschaft zugrunde liegt, absieht: Voigt, ius naturale 2, 1858, 706; Mitteis, Röm. Privatr. 1, 123.

[4]) Liv. 43, 5: . . . illa petentibus data, ut denorum equorum iis commercium esset, educendique ex Italia iis potestas fieret.

[5]) So Mitteis, Röm. Privatr. 1, 117, Anm. 14, vgl. das. 1, 62 und Weiß bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie unter ius gentium.

währende Romanisierung des Landes hervorgebracht haben.[1]) — Die Eroberung der Provinz und die Niederringung des Königs Decebalus gewann dem römischen Reich ein menschenleeres Land (107 n. Chr.), und so hatte der Kaiser Trajan dreißig bis vierzig Jahre vor unseren Urkunden Bewohner vom ganzen römischen Erdkreis herangeführt.[2]) Gesellschaftlich und wirtschaftlich hielten die Volksgenossen wohl zusammen; wir hören in Napoca von den Galatae consistentes in municipio, also innerhalb der römischen Gemeinde[3]), wiederum von einem collegium Galatarum in Germisara[4]), in Napoca begegnen wir ferner „Asiaten", die in einer Liste gemeinsam verzeichnet werden.[5]) In Alburnus,

---

[1]) Vgl. für das Folgende namentlich Jung, Römer und Romanen in den Donauländern 1877, 88flgde.; Mommsen, CIL. III, p. 160; Römische Geschichte 5[5], 207, 208; Kiepert, Alte Geographie 1878, 336flgde.; Brandis bei Pauly-Wissowa[2] 4, 1967; Mitteis, Reichsrecht 1892, 150, Anm. 4; 195, Anm. 1.

[2]) Eutropius 8, 6, 2: Defuncto Traiano Aelius Hadrianus ... statim provincias tres reliquit, quas Traianus addiderat ... Idem de Dacia facere conatum amici deterruerunt, ne multi cives Romani barbaris traderentur, propterea, quia Traianus victa Dacia ex toto orbe Romano infinitas eo copias hominum transtulerat ad agros et urbes colendos. Dacia enim diuturno bello Dacico viris fuerat exhausta.

[3]) CIL. III 860.

[4]) CIL. III 1394; Hirschfeld, Kleine Schriften 1913, 747.

[5]) CIL. III 870 (235 n. Chr.) Severo et Quintiano cos. nomina Asianorum. Diese Namensliste darf besonders juristisches Interesse beanspruchen, denn Kol. I, Z. 7 finden wir den Namen Gaius als einzige Bezeichnung eines „Asianus"; von den fünfundzwanzig vollständig erhaltenen Namen der Liste sind neben griechischen mehrere lateinische Kognomina, wie Valerius Z. 10, Ulpius Z. 14, Mucianus Z. 15; dies würde einmal dafür sprechen, daß Gaius, wenn es als einzige Bezeichnung vorkommt, ein Kognomen und kein Vorname ist (Cattaneo, Estratto dai Rendiconti del Istituto Lombardico, Ser. II, Vol. XIV, fascic. 10, 13flgde. beruft sich auf die Adressaten der beiden gordianischen Reskripte C. 2, 19, 3; 9, 1, 8, beide aus dem Jahre 238, also mit unserer Liste fast gleichzeitig: A. Gaio [militi], vgl. auch Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen[2] 1908, 51 und Kübler bei Pauly-Wissowa[2] 7, 490) — ferner dafür, daß Gaius von kleinasiatischer Herkunft ist; über den „Provinzialjuristen" ist damit natürlich nichts ausgesagt, vgl. Mommsen, Gesammelte Schriften 2, 26flgde. und die dort verzeichnete Literatur; dazu Fehr, ZSSSt. 32, 1911, 396, dessen Hinweise durch unsere Inschrift widerlegt werden. CIL. 13, 7084 begegnet ein Gaius nat(ione) Rhodius.

wo die Hauskaufurkunde III abgefaßt ist, findet sich ein vicus Pirustarum, das heißt, eine Pirustenstraße[1]), in welcher das verkaufte Haus liegt (Z. 3) und ebenso begegnen wir einem Pirusten als Sklavenverkäufer in der Urkunde II; möglicherweise ist aber auch der Manzipant von gleicher Volksangehörigkeit.[2]) Wahrscheinlich war jene Nation oder Teile von ihr aus dem Gebiete der späteren römischen Provinz Dalmatien, wo wir sie zu Cäsars Zeit antreffen[3]), nach Dazien überführt worden.[4]) Obwohl nun, wie aus dem Gesagten hervorgeht, die Erinnerung und das Bewußtsein des nationalen Zusammenhangs anhielt, so wäre doch in diesem römischen Neuland eine geordnete Justiz bei Aufrechterhaltung der der Volksangehörigkeit entsprechenden Personalstatuten unmöglich gewesen, und dies mag wohl ein Moment gewesen sein, warum man weitere Kreise der Kolonisten mit den römischen Rechtsformen beschenkte, ihnen namentlich das commercium gewährte. Diesbezüglich darf darauf hingewiesen werden, daß man sich der römischen Rechtsformen auch außerhalb der Manzipationsakte, wo also lediglich das ius gentium anzuwenden war, durchaus richtig und ohne „lokales Sondergepräge", wie etwa der

---

[1]) Zum Begriff des (städtischen) vicus: Nissen, Pompejanische Studien 1877, 554 flgde.; Mommsen, Gesammelte Schriften 6, 190; Liebenam, Städteverwaltung 1900, 462 und Schulten, Philologus 53, 1894, 656 befassen sich nur mit den ländlichen vici, vgl. ferner Mommsen, Staatsrecht 3, 1, 119, 120; Mitteis, Röm. Privatr. 1, 376, Anm. 3.

[2]) Dafür spricht nämlich, daß er sich als Sohn eines Bato (Maximus Batonis) bezeichnet, ein Patronymikon, dem wir auch bei der Manzipatio III (Andueia Batonis) und sonst in unseren Wachstafeln begegnen (Anduenna Batonis p. 931, Z. 4, ferner der Zeuge Bato Annaei p. 956, Z. 10 und III, Z. 11 und endlich Bato Liani p. 952, Z. 7). Bato ist nämlich der Name eines dalmatischen Helden, des Führers der Aufständischen gegen die römische Herrschaft im dalmatinisch-pannonischen Krieg (6—9 n. Chr., so daß der Name dort einheimisch gewesen sein muß: Velleius Paterculus II, 110, 4: maxima Batoni ac Pineti ducibus auctoritas; 114, 4: Batonemque et Pinetem, éxcelsissimos duces captum [alterum], alterum a se deditum und überhaupt A. Bauer, Wiener Studien 17, 1894, 135; Detlefsen, Wiener Sitzungsberichte 23, 1857, 610.

[3]) Caesar de bello Gallico 5, 1, 5 . . . in Illyricum proficiscitur, quod a Pirustis finitimam partem provinciae incursionibus vastari audiebat: 7 . . . Pirustae legatos ad eum mittunt.

[4]) Mommsen, CIL. III, p. 214.

Verkehr selbst unter Römern in Ägypten es zeigt[1]), bedient hat[2]), wie auch die lateinische Geschäftssprache beinahe vollkommen durchgedrungen ist.[3])

Für das Verständnis dieses rechtshistorischen Zusammenhanges ist es nun wesentlich, den starken Einfluß zu bemerken, den außerdem das römische Militär auf das in unseren Urkunden sich verkörpernde Rechtsleben ausgeübt hat. Bereits mehrfach ist darauf hingewiesen worden[4]), daß eine Reihe von ihnen, darunter gerade die für uns in Betracht kommende Sklavenkaufurkunde I ausgestellt ist: Z. 10 Actum kanab(is) leg(ionis) XIII. geminae, ebenso die römische und daher hier nicht einschlagende mancipatio ancillae p. 959, Z. 18. Diese legio XIII. gemina stand in Apulum und war seit dem zweiten dazischen Kriege und der Eroberung des Landes dessen einzige Besatzung[5]) und jene Canabae sind die Lagerstadt[6]), das heißt die neben dem ständigen Lager (castra stativa) entstandene Niederlassung römischer Bürger und Veteranen von der 13. Legion unter der Aufsicht eines praefectus castrorum.[7]) Die bürgerliche

---

[1]) Mitteis, bei Mitteis-Wilcken 2, 1, p. XVII.

[2]) S. o. S. 136 Anm. 2.

[3]) Von den fünfundzwanzig Urkunden ist nur eine griechisch, nämlich der bereits erwähnte Schuldschein mit Anatozismus p. 933 (s. o. S. 136 Anm. 2), außerdem findet sich die lateinische Unterschrift eines Zeugen in griechischen Buchstaben p. 959 (Bruns I^7 331) *Ἀλεξανδρει Ἀντιπατρι σεκοδο αὔκτωρ σεγναι* (secundus auctor signavi). Über Schriftwechsel in Unterschriften J. Pfaff, Tabellio und Tabellarius 1905, 60.

[4]) Jung, Jahreshefte des Österreichischen Archäologischen Instituts 12, 1909, Beiblatt 139; Mommsen, Gesammelte Schriften 6, 181 flgde. Allgemein Mitteis, Reichsrecht 145.

[5]) Filow, Legionen der Provinz Moesien (6. Beiheft zur Klio 1906) 56. Es geht dies daraus hervor, daß die Provinz Dazien bis auf M. Aurelius eine prätorische war, und ein Prätorier nicht zwei Legionen kommandieren konnte; Jung, Fasten der Provinz Dazien 1894, S. 1, 17 flgde.; Mommsen, Röm. Staatsr. 2^3, 247, Anm. 3 am Ende; v. Premerstein, Wiener Eranos zur 50. Versamml. Deutscher Philol. u. Schulm. 1909, 263.

[6]) Mommsen, Gesammelte Schriften 5, 418 flgde., 6, 176 flgde.; Kornemann, de civibus Romanis in provinciis imperii consistentibus dissertatio, 1891, 80 flgde.; A. Schulten, de conventibus civium Romanorum 1892, 82 flgde., Hermes 29, 1894, 493 flgde., Pauly-Wissowa 3^2, 1451 flgde.; Jung, Jahreshefte des Österreichischen Archäologischen Instituts 12, 1909, 140 flgde.; Domaszewski, Westd. Zeitschr. 14, 26 flgde.

[7]) Dies geht aus der von Jung a. a. O. veröffentlichten Inschrift

Bevölkerung, der conventus civium Romanorum[1]), bestellt außerdem einen „Gemeinderat", dessen Mitglieder in wechselndem Sprachgebrauch conscripti[2]) oder decuriones hießen; stimmt dies mit den munizipalen Ordnungen überein, so treten in den Lagerstädten an Stelle der Duoviren oder Quattuorviren, welche die munizipale Magistratur bilden, zwei magistri[3]) und ein aedilis auf, nicht Magistrate, sondern Priester, die eben dadurch die Organisation der Kanabensen als sakral und unpolitisch kennzeichnen.[4]) Diese Verhältnisse blieben bestehen, bis Apulum zwischen 160—180 als municipium Aurelium Stadtrecht erhielt[5]), und wir dürfen wohl hier wie anderwärts annehmen[6]), daß die canabae

hervor: M(arco) Ulpio Apollinari praef(ecto) cast(rorum) leg(ionis) XIII. geminae conscribti et c(ives) R(omani) consistentes kanabis leg(ionis) eiusd(em) ex pec(unia) publ(ica); und diese Inschrift bestätigt die Ansicht Mommsens a. a. O. 6, 197, insofern dieser eine militärische Vorstandschaft annimmt, die von den übrigen S. 144 Anm. 6 genannten Schriftstellern mit Ausnahme Jungs bestritten wird. Allerdings dachte Mommsen an den curator veteranorum et civium Romanorum, qui consistunt ad canabas legionis illius.

[1]) Allerdings ist die Bezeichnung conventus für die Bürger der Lagerstadt nicht vollkommen quellengemäß, Mommsen, Gesammelte Schriften 6, 198, Anm. 1, doch ist diese Ausdrucksweise sachlich begründet, z. B. A. Schulten, de conventibus civium Romanorum 1892, 82 flgde.

[2]) Siehe die Inschrift S. 144 Anm. 7; decurio Kanabarum legionis XIII. geminae CIL. III 1100 (Dessau 7141), 1214 (Dessau 7154). Zum Wechsel der Ausdrucksweise zwischen conscripti und decuriones vgl. etwa die lex Iulia municipalis (CIL. 1, 206) Z. 85: nei quis eorum que(m) in eo municipio colonia[e] praefectura[t] foro conciliabulo (in) senatum decuriones conscriptosve legito et cet.

[3]) Der Ädil ist für Apulum nachgewiesen CIL. III 1158 (Dessau 2477) als aedis custos c(ivium) R(omanorum) leg(ionis) XIII., die magistri sind freilich nur zu erschließen, Mommsen a. a. O. 6, 198.

[4]) Mommsen, Staatsrecht I³ 8; Ruggiero, dizionario epigrafico 1, 269. Eine allgemeine Übersicht über die Vorstandschaft in den canabae A. Schulten, de conventibus 88 flgde.

[5]) Mommsen a. a. O. 6, 200, Anm. 2 (anders CIL. III, p. 183). Ganz unrichtig behauptet Tomaschek bei Pauly-Wissowa 2², 291, die Colonia Apulensis habe erst unter Severus ius Italicum erhalten, denn die Bemerkung Ulpians von einem diesbezüglichen Verleihungsakte D. 50, 15, 1, 8. 9 bezieht sich nur auf den vicus Patavissensium.

[6]) Mitteis, Reichsrecht 144.

und der conventus civium Romanorum in bedeutendem Umfange zur Romanisierung des Rechtslebens beigetragen haben; es mag sich, schon um den Erwerb des Provinzialen innerhalb der canabae als unanfechtbar zu gestalten, als notwendig herausgestellt haben, ersteren den Gebrauch der mancipatio zu gestatten, und auch außerhalb des provinzialen Mittelpunkts, im Bergwerksdistrikt, in welchem Alburnus maior und das uns sonst unbekannte Cartum[1]) liegen — dies die Orte unserer Manzipationsurkunden II und III —, zeigt sich eine auffallend große Anteilnahme der römischen Bürger aus Apulum.[2])

II.

Das römische Recht bindet die Manzipation nicht bloß an die gerade erörterten persönlichen Voraussetzungen, sondern es verlangt außerdem, daß, sofern es sich um Liegenschaften außerhalb Italiens selber handelt, diese ein Italicum praedium oder Italicum solum darstellen.[3]) Damit wird das Erfordernis aufgestellt, daß sich das Grundstück in einer mit dem ius Italicum ausgestatteten Gemeinde befindet, das heißt, es muß der außerhalb Italiens gelegenen Gemeinde die Rechtsstellung[4]) einer italischen verliehen werden. Hierbei ist nun festzuhalten, daß ius Italicum und Abgabepflicht in der Richtung der Grundsteuer sich gegen-

---

[1]) Diese Vermutung kann freilich nur darauf gestützt werden, daß sich die Urkunde II gleichfalls in dem verlassenen Bergwerk gefunden hat, wo sich die übrigen Wachstafeln aus jenem Gebiete befanden, sowie auf die auch hier auftretenden Pirusten (s. o. S. 143).

[2]) Teglas, Klio 10, 1910, 503 weist darauf hin, daß ein einziger decurio coloniae (Apulum) in dem 38 km entfernten Bergwerksdorfe Ampelum mit nicht weniger als vier Inschriften auf Dedikationsaltären vertreten ist (CIL. III 1282, 1283, 1281, 7838); zugleich veröffentlicht er eine fernere Weihung eines Ratsherrn aus Apulum nach Ampelum für die Deae Fortu(n)ae Salutari.

[3]) Gaius 1, 120; 2, 31; Ulpianus 19, 1; Iust. Instit. 2, 1, 40. Klingmüller, Philol. 69, 1910, 107.

[4]) Besonders deutlich zeigt sich dies im Bericht über die Bekleidung Konstantinopels mit dem ius Italicum (C. Th. 14, 13, 1) bei Sozomenos, historia ecclesiastica 7, 9 (Migne, Patrologia Graeca 67, 1456): *ἀλλὰ καὶ τὰ συμβόλαια κατὰ τὰ νόμιμα τῶν ἐν Ἰταλίᾳ Ῥωμαίων ἐκρίνετο καὶ τὰ δίκαια καὶ τὰ γέρα περὶ πάντα ἑκατέρᾳ ἰσάζετο.*

seitig ausschließen.[1]) Gerade dieser Gesichtspunkt ist es gewesen, der dazu veranlaßt hat, bei unseren Manzipationsurkunden mißbräuchliche Anwendung eines Formulars anzunehmen, da in dem Hauskaufe III, Z. 16, von der von dem verkauften Grundstücke abzuleistenden Tributpflicht die Rede ist[2]): Convenit(que) int[e]r eos, [uti] Veturius Va[lens pro ea] domo tributa usque ad recensum dep[e]n[dat]. — Tatsächlich ist man indes keineswegs genötigt, wegen des Tributums die Manzipabilität des Bodens in Alburnus maior und dessen italische Rechtsstellung in Abrede zu stellen; denn das tributum ist nicht notwendigerweise Staatsabgabe.

Es ist bereits auf die besonders eifrige und eingehende Romanisierung des Rechtslebens in Dazien hingewiesen worden, und dieser Umstand kommt auch darin zum Ausdruck, daß sich hier zahlreiche Gemeinden mit ius Italicum finden. Ulpian[3]) nennt Sarmizegetusa, Napoca, Apulum und Potaissa. Zu einer davon wird auch Alburnus in dem Verhältnis einer attribuierten unvollkommenen Gebietskörperschaft gestanden haben[4]); ist hier eine Vermutung gestattet, so würde sie für die Munizipalgemeinde Apulum sprechen,

---

[1]) Dies geht namentlich aus Paulus D. 50, 15, 8, 7 hervor, die Steuerfreiheit des Bodens ist unerläßliche Voraussetzung des italischen Rechtes, demnach im Zusammenhalt mit den S. 146, Anm. 3 angeführten Stellen auch der Manzipabilität. Hingegen besitzen wir ein direktes Zeugnis betreffs der praedia tributaria, wozu die Gebiete der kaiserlichen Provinzen, also besonders Daziens gehört haben (Gaius 2, 21) nicht; denn Agennius Urbicus, de controversiis agrorum p. 23, Z. 9 Thulin, corpus agrimensorum = Lachmann, Feldmesser p. 36, Z. 3 = Bruns, fontes II 6 86 hat an dieser Stelle eine Lücke und spricht nur von stipendiarischen Liegenschaften, also den Senatsprovinzen: Et stipendiarios . . . . . qui nexum non habent (zur Ausdrucksweise Gaius 2, 27 provincialis soli nexum non esse) neque possidendo ab alio quaeri possunt. possidentur tamen a privatis, sed alia condicione: et veneunt, sed nec mancipatio eorum legitima potest esse. Auch Gaius 2, 27 (. . . provinciale nec mancipi est) ist wohl zu fragmentiert, Klingmüller a. a. O.

[2]) S. die o. S. 138, Anm. 1 genannten Schriftsteller; allgemeines bei Mommsen, Staatsrecht 3[3], 685; Degenkolb, ZS. für Rechtsgeschichte 9, 1870, 126.

[3]) D. 50, 15, 1, 8 (l. 1 de censibus).

[4]) Mommsen, Staatsrecht 3[3], 765 flgde.; Gesammelte Schriften 4, 305; A. Schulten, Philologus 53, 1894, 670; Ruggiero, dizionario epigrafico 1, 112; Liebenam, Städteverwaltung 1900, 462.

die von Alburnus nur 45 km entfernt ist, und deren Bedeutung für die Romanisierung und wirtschaftliche Durchdringung des Bergwerksdistriktes, in welchem Alburnus maior, ebenso wie Ampelum, liegt[1]), bereits erörtert wurde. Auch die zeitlichen Verhältnisse würden dazu stimmen; denn unsere Urkunde, 161 n. Chr. abgefaßt, fällt bereits nach dem frühesten Zeitpunkt (160 n. Chr.), für den wir den Erwerb des Munizipalcharakters für Apulum annehmen dürfen[2]), würde also eher letztgenannten auf das Jahr 160/161 festlegen können.

Tributum bedeutet nämlich nicht bloß die staatliche Grundsteuer[3]), sondern auch, und zwar noch in der Kaiserzeit, Gemeindeumlagen. Wir können solche Gemeindeumlagen als Grundabgaben auch in den mit römischem Stadtrecht bekleideten Gemeinden nachweisen, wo sie in der Form alljährlich fällig werdender Wasserzinse für Hausgrundstücke vorkommen und für die in der Kaiserzeit die Bezeichnung tributum[4]) ebenso bezeugt ist, mit welcher der Ausdruck vectigal gleichbedeutend verwendet wird[5]); zu-

---

1) S. o. S. 146 und Mommsen, CIL. III p. 215.

2) S. o. S. 145, Anm. 5.

3) Vor allem ist es sehr zweifelhaft, ob die Grundsteuer (tributum) überhaupt auf Häuser Anwendung fand. Dagegen Huschke, Über Census und Steuerverfassung 108, Anm. 224. Über das tributum soli: Mommsen, Staatsrecht 2³, 1094flgde., 3, 731; Mathiaß, Die römische Grundsteuer und das Vectigalrecht 1882, S. 7, 31flgde.; Pernice, ZSSSt. 5, 1884, 68flgde.; Mitteis, Reichsrecht 112; Hirschfeld, Verwaltungsbeamte ² 1905, 54; Klingmüller, Philologus 69, 1910, 76; Kniep, Gai institut. commentarius secundus 95; Weiß, Münchner Kritische Vierteljahrsschr. 52, 1914, 30. Vgl. auch Ulpian D. 50, 15, 4 pr.: Forma censuali cavetur, ut agri sic in censum referantur et cet.

4) Feldmesser 349, Z. 6: Ex libris Magonis et Vegoiae auctorum ... Aquarum ductus per medias possessiones diriguntur, quae a possessoribus ipsis vice temporum repurgantur: propter quod et levia tributa persolvunt. — Auf diese Stelle hat in unserem Zusammenhang zuerst von Premerstein in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie ² unter ius Italicum aufmerksam gemacht.

5) Cicero de lege agraria 3, 2, 9: Immunia (praedia) commodiore condicione sunt, quam illa, quae pensitant; ego Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam, quia mancipio fundum accepi; si a Sulla mihi datus esset, Rulli lege non penderem. Vitruvius de architectura 8, 6, 2: Ita in medio ponentur fistulae in omnes lacus et salientes: ex altero in

gleich wird die trotzdem stattfindende Manzipabilität des Bodens verbürgt. Die Rechtsbücher gebrauchen für Wasserabgaben Ausdrücke wie cloacarium oder forma aquae[1]), und wir haben uns das privatrechtliche Verhältnis nach den Darlegungen Mommsens[2]) so vorzustellen, daß das persönliche Recht auf den Wasserbezug, das namentlich auf die Erben nicht übergeht (ius aquae ducendae)[3]), seinerseits die Leistung jener Beiträge als Entgelt voraussetzt.[4]) Hierbei wird die Verpflichtung dazu als persönliche Last des Eigentümers gefaßt, nicht etwa als eine dem römischen Rechte, sofern man von staatsrechtlichen Verpflichtungen absieht, auch sonst fremde Reallast[5]); übrigens scheint freie Entziehbarkeit des Wasserbezuges vorausgesetzt.[6]) Des näheren wird es noch zweifelhaft sein können, ob die Abmachung über den Wasserbezug sich als Kauf oder Miete darstellt[7]),

---

balneas vectigal quotannis populo praestent: ex [quibus] tertio in domos privatas. Edictum des Augustus über die Wasserleitung zu Venafrum CIL. 10, 4842 (Bruns, fontes I 7 251), Z. 37: Quaeque aqua in oppidum Venafranorum it, fluit, ducitur, eam aquam distribuere discribere vendundi causa aut ei rei vectigal imponere constituere, et cet., dazu CIL. 10, 4875: Vectig(al) publ(icum) col(onorum) Col(oniae) Iul(iae) Venafran(orum) und 5144 = 6152: publicum Interamnitum vectigal balnearum. Allgemeines bei Ruggiero, dizionario epigrafico 1, 546flgde., 2, 166flgde.

1) Ulp. D. 7, 1, 27, 3; 30, 39, 5.

2) Mommsen, Gesammelte Schriften 3, 91; vgl. auch Rudorff, ZS. f. geschichtliche Rechtswissenschaft 15, 1850, 249flgde.; Liebenam, Städteverwaltung 1900, 18; Kübler, ZSSSt. 28, 1907, 209.

3) Ulp. D. 18, 1, 47—49; Frontinus de aquis 107: ius impetratae aquae neque heredem neque emptorem neque ullum novum dominum praediorum sequitur . . . nunc omnis aquae cum possessore instauratur beneficium. Dort cap. 109 über die Kündigungsfrist.

4) Mommsen, Gesammelte Schriften 3, 106.

5) Mitteis im CPR. I 68, Anm. 3; ältere Literatur bei Mathiaß a. a. O. 46, Anm. 4, auch Pernice, ZSSSt. 5, 1884, 67.

6) S. o. Anm. 3. Besonders klar zeigt sich die Entziehbarkeit bei Eigentumswechsel im Erbgang.

7) Mommsen a. a. O. 3, 91. Das Edikt von Venafrum (o. S. 148 Anm. 5) behandelt das Geschäft als Kauf, ähnlich spricht Frontinus de aquis 95 vom republikanischen ius dandae vendendaeve aquae; doch ergibt sich bei dieser Auffassung eine Schwierigkeit infolge der alljährlich wiederkehrenden Zahlungspflicht, während von einer locatio conductio

bei dem bekannten Schwanken der römischen Theorie in jener Unterscheidung wird indes darauf kein Gewicht zu legen sein.[1])

Auch außerhalb des Wasserrechtes findet sich für städtische Hebungen der Ausdruck tributum, so in der Julischen Städteordnung[2]), doch bezieht sich dies nur auf Pachtzinse von Liegenschaften, die im Eigentum der Stadt verbleiben, wie der Ausdruck „locatio" zeigt. Diesen Wasserzins übernimmt nun bis auf weiteres (usque ad recensum) der Verkäufer, wie es überhaupt ungemein üblich ist, oblastende Giebigkeiten, vornehmlich Steuern, durch den Veräußerer auf längere oder kürzere Zeit tragen zu lassen[3]); nach allgemeinen Grundsätzen wird hierbei, wie sich zeigen wird, der Wasserzins den Steuern gleichgehalten.

Bereits nach klassischem Recht ist nämlich der jeweilige Eigentümer zur Tragung aller Lasten, auch der rückständigen, verpflichtet[4]), vorbehaltlich freilich seines Rückgriffsrechtes gegen den Veräußerer, wenn er von den bereits fälligen Hebungen nichts gewußt hat. Es sind Anwendungsfälle dieses Grundsatzes, wenn angeordnet wird, daß Steuern und die diesen gleichgehaltenen Wasserzinse eines vermach-

---

rei wegen der fehlenden Obliegenheit zur Rückgabe nicht gesprochen werden kann.

[1]) Gaius 3, 145; Festus unter venditio (Bruns, fontes II⁷ 44): Venditiones olim dicebantur censorum locationes; unter redemptores (Bruns, fontes II⁷ 30) proprie atque antiqua consuetudine dicebantur, qui, cum quid publice faciendum [a]ut praebendum conduxerant effecerantque, tum demum pecunias accipiebant; Iust. Instit. 3, 24, 3; Gaius D. 19, 2, 2 pr., 1; insbesondere betreffs des Emphyteuta Mitteis, Leipziger Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften 20, 4, 26 und Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867, 138 flgde.; weitere Literatur bei Kniep, Praescriptio und Pactum 1891, 172, Anm. 204; anders Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie ² 1, 465; ähnlich im griechischen Recht, von Wilamowitz, GGA. 1914, 101, 62. [2]) CIL. 1, 206 (Bruns, fontes I 7 106, lex Iulia municipalis), Z. 73: Quibus locis ex lege locationis, quam censor aliusve quis mag(istratus) publiceis vectigalibus ultrove tributeis (tuendeis) fruendeis tuendeisve dixerit et cet. Auch in Rom findet sich der Ausdruck (ultro) tributa in dieser Bedeutung Livius 39, 44, 8; 43, 16, 7.

[3]) Ältere Literatur über diesen Vertrag bei Glück, Kommentar 16, 130, Anm. 52, die geschichtliche Entwicklung bei Mathiaß a. a. O. 48 flgde.

[4]) Papin. D. 49, 14, 36; 50, 15, 52; Pap. Iustus 39, 4, 7 pr.; Mathiaß a. a. O. 39.

ten oder verkauften Grundstückes, soweit sie schon fällig sind, vom Verkäufer oder Erben ausgelegt werden müssen[1]), während umgekehrt den Legatar die Verpflichtung zur Leistung der nach Antritt der Erbschaft (dies veniens) fällig werdenden Abschnitte trifft, ebenso wie der Usufruktuar Wasserzinsen, die erst während der Zeit seines Rechtes zur Hebung gelangen, zu tragen hat.[2])

Immerhin besitzen wir zahlreiche Zeugnisse dafür, daß der Käufer versucht, die Steuern, wie es auch in unserer Urkunde geschieht, dauernd oder auf eine gewisse Zeit von sich abzuwälzen. Mehrmals wird in den Quellen der klassischen Zeit erwähnt, daß der bisherige Eigentümer gegenüber dem Fiduziar[3]), dem Faustpfandgläubiger[4]), dem Dosempfänger, die Verpflichtung zur Fortbezahlung des tributum übernimmt, ein Übereinkommen, das nur im letzterwähnten Falle als nicht rechtsbeständig gilt, wohl deswegen, weil die Steuern als eine auf den Dotalfrüchten ruhende Last gelten.[5]) Noch Salvian in seinem Werke von der göttlichen Weltregierung erwähnt um die Mitte des fünften Jahrhunderts in den bekannten Darlegungen über die Steuerverhältnisse seiner Zeit derartige Abmachungen zwischen Käufer und Verkäufer trotz des inzwischen er-

---

[1]) Papin. D. 19, 1, 41; Ulp. D. 30, 39, 5.

[2]) Papin. D. 50, 15, 5, 2; Ulp. D. 7, 1, 27, 3: Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquae ductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit.

[3]) Ulp. D. 2, 14, 52, 2: Pactum, ut, si quas summas propter tributiones praedii [pignori nexi factas] (T.; fiduciarii Lenel, Paling. 2300) creditor solvisset, a debitore reciperet et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est. Das Übereinkommen war wohl ein Bestandteil des pactum fiduciae, vgl. Voigt, Zwölf Tafeln 2, 169 und besonders Oertmann, Fiducia 1890, 49 und 107.

[4]) Papin. D. 2, 14, 42: Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non adgnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret et cet. Dazu Mathiaß a. a. O. 59, der auf die grundsätzliche Steuerpflicht des Eigentümers hinweist.

[5]) C. 4, 47, 1 (Alexander): Ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, actio tibi adversus eam competere non potest, et si pactum in stipulationem deductum probetur et cet. Wegen P. Oxyr. I, 126 (Mitteis-Wilcken 1, 2, 211) s. unten S. 152, Anm. 4.

gangenen Verbotes als etwas ganz Gewöhnliches[1]); gewiß hat hier neben den berechtigten Interessen des Staatsschatzes[2]) auch der Schutz des Verkäufers gegen wucherische Geschäfte als des regelmäßig zu jener Zeit wirtschaftlich Schwächeren eine Rolle gespielt.[3]) Dem Gegenstück dazu, daß nämlich der Verkäufer alle Lasten ausdrücklich übernimmt, begegnen wir ebenfalls in gleichzeitigen Urkunden, so namentlich CPR. 19, Mitteis-Wilcken 2, 2, 69, Z. 8, wo die Verkäuferin sich versprechen läßt *ὥστε ἀντὶ τῆς τιμῆς ἐπιγνῶναι πάντα τὰ ὑπὲρ τούτων εὐσεβῆ τελέσματα τῆς ἐνεστώσης γ̄ ἰνδικτιόνος* (331 n. Chr.). Hier bedeutet *εὐσεβῆ τελέσματα* ebenso wie in BGU. III 917, Z. 15 die öffentlichen Abgaben[4]); und dies entsprach auch kaiserlichen Verordnungen aus der ersten Hälfte des vierten Jahrhunderts, welche neuerlich die Haftung des Käufers für die Steuern einschärften.[5])

---

[1]) Salvianus de gubernatione Dei 5, 8, 41: et quod non, dicam, pati humanae mentes, sed quod audire vix possunt, quod plerique pauperculorum atque miserorum spoliati resculis suis et exterminati agellis suis, cum rem amiserint, amissarum tamen rerum tributa patiuntur; cum possessio ab his recesserit, capitatio non recedit: proprietatibus carent et vectigalibus obruuntur et cet.

[2]) Paulus D. 25, 1, 13: Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt, so schon Glück a. a. O. 132.

[3]) C. Th. 11, 3, 1 (C. 4, 47, 2, 319 n. Chr.); 11, 3, 2 (327 n. Chr.); 11, 3, 3 (C. 4, 47, 3, 363 n. Chr.), dazu Mathiaß a. a. O. 49 flgde., und J. Pfaff, Der rechtliche Schutz des wirtschaftlich Schwächeren 1897, 81.

[4]) Nach den Ergänzungen zu BGU. III 917 von Wilcken, Archiv 2, 139 und überhaupt Seeck, Geschichte des Unterganges der antiken Welt 2, 1901, 553, Anm. 10 und nunmehr Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 2, p. 77, anders CPR. I, S. 65.

[5]) S. o. Anm. 3. — Bereits bemerkt ist es, daß sich in den Papyri der Verpächter häufig an Stelle des eigentlich haftbaren Pächters (so Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 198, 1; Wenger, Stellvertretung 94; Preisigke, P. Straßb. 1, p. 89, dagegen besonders Mathiaß a. a. O. 61) zur Leistung aller Abgaben verpflichtet, so Mitteis a. a. O. 2, 1, 198. Zu bemerken ist noch, daß die sonst einschlägige Abmachung P. Amh. II 90, Z. 18, wonach die Abgaben zwischen den Parteien geteilt werden *ἐπὶ ὁμ(οίου)* (Wenger, Stellvertretung 94), nunmehr beseitigt ist, da vielmehr zu lesen: *φορέτ(ρων) ἐπισπ(ουδασμοῦ) ὄντων πρὸς ἡμᾶς τοὺ μισθ(ωτὰς)* (Grenfell und Hunt, P. Tebt. II 311, 24 Anm.). Ebensowenig schlägt Oxyr. I 126 (Mitteis-Wilcken 1, 2, 211, 572 n. Chr.) ein, weil dem An-

III.

Vermochte das commercium über die mancipatio und den rechtsgeschäftlichen Erwerb hinaus Wirkungen zu äußern?

Diesbezüglich darf zunächst darauf hingewiesen werden, daß die den Siegeln ganz ebenso, wie dies bei den von Römern abgefaßten Urkunden der Fall ist, im Genetiv angefügten Namen der Zeugen[1]) gleichfalls fast durchweg auf peregrinische Herkunft deuten.[2]) Wir werden die darin zutage tretende Fähigkeit zum Manzipationszeugnis auf das commercium zurückzuführen haben; es entspricht dies der durch Ulpian. fragm. 20, 8 gesicherten Fähigkeit des Latinus Iunianus zum Testamentszeugnis, die wir wohl allen Latinern zuzuschreiben haben[3]), die gleichfalls das commercium genossen.

Unsere Urkunden lassen uns in diesem Zusammenhang ferner die Frage danach aufwerfen, nach welchem Rechte die Geschäftsfähigkeit zur Manzipation zu beurteilen war, ob hier das römische Recht oder das Personalstatut des Peregrinen[4]) maßgebend war? Fast erscheint es vorsichtiger, sich einer ganz bestimmten Antwort auf diese Frage zu entschlagen und sich auf einige vermutungsweise Andeutungen zu beschränken. Allerdings erfordern unsere Urkunden eine Einlassung darauf, weil in der Urkunde III eine Frau, Andueia Batonis, auftritt, als solche auch Z. 10 die Eviktionsstipulation entgegennimmt und den Kaufpreis ausbezahlt. Es ist dies vielleicht eben jene, die auf p. 930 (162 n. Chr., Bruns I[7] 352) als Darlehensgläubigerin und dann nochmals in dem verstümmelten Schuldschein p. 929 auftritt, wenngleich sie einmal mit leichter Abweichung ge-

suchen der Tochter wegen Umschreibung der Steuerpflicht Hingabe jener Liegenschaft als Mitgift vorausgegangen ist. Versprechen der Pächterin *ἐμὲ διδόναι τὰς ἀννόνας* Bas. 15, 1, 77, Supplem. Zachariae S. 32 (fehlt D. 6, 1, 77, Fritz Schulz, Einführung in das Studium der Digesten 1916, 81)

[1]) Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde 1, 67; Mitteis, Röm. Privatr. 1, 296, Anm. 16. [2]) S. o. S. 136 Anm. 2.

[3]) Mitteis, Röm. Privatr. 1, 118. [4]) Beurteilung der persönlichen Geschäftsfähigkeit nach dem Personalstatut: Mitteis, Reichsr. 107; zweifelnd Erman, ZSSSt. 15, 1894, 254; Wenger a. a. O. 174.

schrieben ist (Anduenna Batonis (p. 930, Z. 4). — Freilich meint nun Gaius 1, 193, bei den meisten Peregrinen bestehe betreffs der Frauen ein Rechtszustand, der dem römischen nicht ganz gleichkomme und sich höchstens, wie er etwas zurückhaltend meint, als quasi (in) tutela bezeichnen lasse[1]); die begriffliche Trennung zwischen römischen und peregrinischen Einrichtungen ist um so bemerkenswerter, als Gaius an anderem Orte keinen Anstand nimmt, z. B. das peregrinische Eigentum dem römischen gleichzustellen (2, 40). Freilich wird zu der Bemerkung zur peregrinischen Frauentutel gleich ein Beispiel hinzugefügt, die lex Bithynorum, wonach die Frau, si quid ... contrahat, also wohl bei allen Geschäften, sich von ihrem Ehemann oder ihrem erwachsenen Sohne beistehen lassen mußte. Damit stimmen auch die Papyri überein, wenn sie uns den *κύριος* als regelmäßig unerläßliches Erfordernis bei allen Rechtsgeschäften der peregrinen Frau zeigen, wenngleich Willkür im einzelnen und gelegentliches Handeln ohne *κύριος* nicht als ausgeschlossen gelten darf.[2]) Aber die gewaltige Überzahl der uns bekannten Fälle und die Natur der Sache, die uns die geminderte Handlungsfähigkeit der Frauen und zwar betreffs aller Geschäfte als eine gemeinsame Einrichtung älterer Rechte erkennen läßt[3]), bringt es mit sich, daß die Zuziehung und nicht die Weglassung des Beistandes der regelmäßige und vom Recht geforderte Zustand sein muß, und zwar, der Bemerkung des Gaius entsprechend, nicht bloß bei den Griechen, sondern wohl auch bei den übrigen Peregrinen.

Hingegen kennt das römische Recht jenes Erfordernis nicht als allgemeine Voraussetzung, sondern nur in ganz bestimmten Fällen. Ulpian 11, 27 erklärt die Mitwirkung des

---

[1]) Rudorff, Röm. Vormundschaftsrecht 1, 1834, 153flgde.; Kübler, ZSSSt. 30, 1909, 174flgde.

[2]) Wenger, Stellvertretung 1906, 174; Weiß, Archiv 4, 88, 90; Kübler, ZSSSt. 30, 1909, 174. 182. Eine Auseinandersetzung über griechisches Recht außerhalb Athens von Beasley, Classical Review 20, 1906, 248; Dareste-Haussoullier, Inscript. juridiq. grecq. 2, 106; Lipsius, Das attische Recht 2, 2 (1912), 482, 534flgde.

[3]) Post, Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz 2, 1895, 39. Voraussetzung ist wenigstens die Zubilligung einer beschränkten Rechtsfähigkeit an die Frau.

tutor für notwendig im gesetzlichen Prozeß (legis actio und iudicium legitimum), bei Eingehung einer Obligation, bei jedem negotium civile, also insbesondere zum Schulderlaß (acceptilatio), sofern er wirklich mehr darstellt als eine imaginaria solutio, also namentlich eine wahre Zahlung nicht erfolgt ist[1]); ferner bei Erteilung der Erlaubnis an eine Freigelassene zum contubernium mit einem fremden Sklaven, wohl weil dies bei Anstellung der denuntiatio durch dessen Herrn ihre Versklavung und damit den Verlust der Patronatsrechte für die bisherige Eigentümerin zur Folge hat[2]); endlich aber bedarf die Frau des tutor zur Veräußerung von res mancipi.[3]) Diesen römischen Vorschriften, die in allen andren Fällen die Frau von dem Erfordernis, einen tutor heranzuziehen, freistellen, entspricht der Rechtszustand unserer Urkunden ganz genau; denn Andueia Batonis erwirbt lediglich eine res mancipi, sie nimmt die Eviktionsstipulation auf den Preis (stipulatio simplae) entgegen[4]) und wird durch pecunia credita Gläubigerin; die Papyri zeigen einige Fälle dieser Art, die, außerhalb des Ulpianischen Verbotskataloges gelegen, römische Frauen ohne tutor handelnd vorführen.[5]) Hält man dies mit dem Bericht des Gaius 1, 193 zusammen,

---

[1]) Erman, ZSSSt. 20, 1899, 200; P. Kretschmar, Die Erfüllung 1, 1906, 6, Anm. 7. 8, dort weitere Literatur; Mitteis, RPR. 1, 263.

[2]) Paulus Sententiae rec. 2, 21 a, 6; Gaius 1, 160; Mitteis, Reichsrecht 365. [3]) Kübler, ZSSSt. 30, 1909, 168, der auch die übrigen Stellen nachweist. [4]) Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 1902, 135.

[5]) Eingabe um Vormundsbestellung für die Kinder der Frau BGU. IV 1070 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 323, 218 n. Chr.); P. Tebt. II 326 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 325, 266 n. Chr.). Im Genfer Vormundschaftspapyrus (Arch. III, 1903, 372) sind, wohl auch wegen des schlechten Zustandes der Urkunde die Verhältnisse zu wenig geklärt, um etwas für unsere Frage ergeben zu können, anders Wenger, Stellvertretung 102; in P. Oxyr. IV 702 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 324, 247 n. Chr.), wo es sich um eine Eingabe wegen Bestellung eines tutor mulieris handelt, bringen es die Verhältnisse mit sich, daß eine auctoritas des letzteren fehlt (vgl. Gradenwitz, Arch. III, 1903, 410). Man wird kaum darin eine Gegeninstanz finden können, daß sich die Berufung auf das vom tutor befreiende Dreikinderrecht in den Papyri (*χωρὶς κυρίου χρηματίζουσα*) auch in Eingaben findet, wo ein solcher von vornherein gar nicht notwendig wäre (vgl. die Zusammenstellung von Kübler, ZSSSt. 30, 1909, 180. 181); hier hat Kübler a. a. O. zutreffend auf den Gegensatz zum Volksrecht hingewiesen.

der es als den regelmäßigen (plerumque) Rechtszustand bei den Peregrinen hinstellt, daß die Frau zu allen Rechtsgeschäften eines tutor bedarf, wie dies die einschlägigen Papyrusurkunden bestätigen, so würde, obwohl wir das Personalrecht der Andueia nicht kennen, eine leichte Wahrscheinlichkeit für römischen Einfluß sprechen, wenn sie, im Gegensatz zum hellenischen und hellenistischen Recht, ihre Geschäfte ohne tutor vornimmt, und man würde dann anzunehmen haben, daß das commercium nicht bloß die Rechts-, sondern auch die Geschäftsfähigkeit zur Manzipation enthalten habe, das heißt, daß ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein nach römischem Rechte zu beurteilen war. Deswegen kann es natürlich nicht als ausgeschlossen gelten, daß der geschilderte Tatbestand sich als Ausfluß des uns im übrigen unbekannten Stammesrechtes der Andueia — nach dem Namen ihres Vaters Bato zu schließen eine Frau dalmatinischer Herkunft[1]) — darstellt, das merkwürdigerweise das in Rede stehende Erfordernis für die volle Handlungsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts nicht aufgestellt hätte.

IV.

Für den dem commercium zuzuschreibenden Rechtsinhalt ist es bedeutsam, welche Stellung der Käufer zufolge der Manzipation einnimmt. Dreimal wird letztere als „habere possidere" bezeichnet (I, Z. 9; II, Z. 12; III, Z. 9), ohne Unterschied zwischen Fahrnis und Liegenschaften soll ihm „habere possidere (que) recte liceat". Darin ist das Einstehen des Verkäufers dafür zugesichert, daß fremde Angriffe auf den Käufer beseitigt werden sollen[2]); ob die ferner zugesagte Genußmöglichkeit, die in jenen Worten liegt, mehr eine rechtliche oder tatsächliche Bedeutung hatte[3]),

[1]) S. o. S. 143, Anm. 2. [2]) Rabel, Haftung 1, 33; in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1[2], 464; Partsch, Schriftformel 1905, 108.

[3]) Partsch a. a. O. 107—109; longi temporis praescriptio 1906, 108 ZSSSt. 31, 1910, 414; dagegen Lenel, EP[2] 185, Anm. 1. Die Ansicht von Partsch a. a. O. über die lediglich das tatsächliche, nicht das Rechtliche treffende Bedeutung unserer Formel findet indes eine Unterstützung durch die Nachweise Weymans, Archiv für lateinische Lexikographie 15, 1908, 274 aus der nichtjuristischen Literatur, die nach der

ist hier nicht zu entscheiden. — Damit wird bei der übrigens offensichtlich prismatisch abgeteilten Haushälfte[1]) ein Doppeltes zusammengestellt, einerseits deren Beschaffenheit als optima maxima (III, Z. 7), was auf die Freiheit von Servituten geht[2]), andrerseits soll der Käufer auch ersitzen können, natürlich nur, wenn der Zweck der Manzipation, die Eigentumsübertragung, nicht sofort erreicht wird. Die Ersitzung wird mit dem Namen des zivilrechtlichen Instituts bezeichnet (usuque capere Z. 19 der scriptura exterior), womit strenggenommen die Provinzialqualität des Bodens ausgeschlossen ist.[3]) Trotzdem ist jene Bezeichnung ganz wörtlich zu nehmen, die Ersitzungsmöglichkeit wird ganz allgemein versprochen und nichts darüber ausgesagt, ob sie gerade Quiritisches Eigentum verschaffen soll; es ist bereits bekannt, daß auch die Latiner, die gewiß zum dominium ex iure Quiritium unfähig sind, wenigstens in der Kaiserzeit usukapieren dürfen, und daß überhaupt jedermann, mit dem für den Römer testamentifactio besteht, zur Usukapion in ihrer Form pro herede zugelassen wird.[4])

---

angedeuteten Richtung kaum einen Zweifel übriglassen, vgl. auch Kalb, Juristenlatein [2] 1888, 39.

[1]) Weiß, Arch. 4, 334, 1.

[2]) Neratius D. 21, 1, 48; Venul. D. 21, 2, 75; Celsus D. 18, 1, 59; Paul. D. 50, 16, 169; Degenkolb, ZS. f. Rechtsgeschichte 9, 1870, 127; Gradenwitz, Einführung 1, 1900, 50. Als sakrale Bezeichnung des Jupiter (ὕψιστος καὶ μέγιστος Ζεύς in dem Reskript bei Eusebius, historia ecclesiastica 9, 7) Usener, Götternamen 1896, 343, Lezius, Wochenschrift für klassische Philologie 1907, 1225 mit Literatur.

[3]) Dies folgt aus dem Zusammenhalt mit Gaius 2, 46 und Iust. Cod. 7, 31, 1, wonach das ius Italicum zur Usukapion unerläßlich ist; Partsch, longi temporis praescriptio 106; Klingmüller, Philologus 69, 1910, 111. Die gleiche Voraussetzung gilt für die fiducia, Manigk bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie [2] 6, 2296; Oertmann, Fiducia 1890, 115 mit weiterer Literatur. — Doch nimmt Lenel, ZSSSt. 11, 1890, 270flgde.; EP [2] 167, Anm. 4 an, es habe bei Provinzialgrundstücken eine Fiktion des ius Italicum zu dem Zwecke stattgefunden, um ihretwegen die actio Publiciana anwendbar zu machen; vgl. auch Arndts, Kleine Schriften 3, 1874, 93.

[4]) Partsch, longi temporis praescriptio 7; bereits Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 72 hält es für einen natürlichen Inhalt des commercium, daß der damit Bedachte auch usukapieren kann, ferner Detlefsen und Girtanner, Wiener Sitzungsberichte 23, 1857, 545. 546.

Wie bereits mehrfach bemerkt, ist es nach dem Stande unserer Quellen unzweifelhaft, daß das commercium die Fähigkeit zum Erwerbsgeschäft und nichts weiter in sich geschlossen hat[1]); wie auch Ulpian bei der Erörterung der Fähigkeit zur Manzipation bemerkt (fragm. 19, 4), bleiben die mit dem commercium beteilten Personen trotzdem Peregrinen. Da bedarf der Umstand eine Erklärung, daß wir in unseren Urkunden Rechtsfolgen der Manzipation ferneren Zusammenhanges angedeutet finden, die gleichfalls ganz römisches Gepräge tragen. Es handelt sich um die angeschlossenen Stipulationen, die bei den Urkunden über Sklavenkauf genau den Vorschriften des Edikts der kurulischen Ädilen entsprechen[2]); in der Hauskaufurkunde haben wir eine bloße stipulatio habere licere vor uns[3]), wenngleich mit eigentümlicher Anrufung der fides[4]) und in sprachlich nicht ganz korrekter Fassung.[5]) Es wäre immerhin von Bedeutung, den Zusammenhang aufzuklären, der die Anwendung jener römischen Rechtsmittel durch unsere Peregrinen zuwege brachte; aber wir sind anscheinend sogar in der Lage, eine Beobachtung von Bestimmungen der Justizedikte und der römischen Rechtsübung nachzuweisen, die geradezu die opinio necessitatis, wenn man sich des Ausdrucks bedienen kann, voraussetzt.[6])

Bereits nämlich in der Sklavenkaufurkunde I, Z. 3 finden wir betreffs des puerum Apalaustum bemerkt: natione Graecum[7]), und dies entspricht der Bestimmung des ädilizi-

[1]) Papin. fragm. Vaticana 259; D. 41, 8, 7, dazu Mitteis, Röm. Privatr. 1, 120, Anm. 29; Voigt, ius naturale 4, 1875, 109.

[2]) Lenel, EP[2] 541; F. Haymann, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1, 1912, 19 flgde.; Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 605 flgde. [3]) Rabel, Haftung 1, 32, Anm. 1.

[4]) Zum fide rogavit, fide promisit (I, Z. 12; II, Z. 14; III, Z. 11 und in der römischen Urkunde CIL. III, p. 959 Bruns, fontes I 7, 331, Z. 12) Arndts, Kleine Schriften 3, 1874, 81.

[5]) Wie bereits mehrfach hervorgehoben (Detlefsen und Mommsen, Wiener Sitzungsberichte 23, 1857, 646; Arndts, Kleine Schriften a. a. O. 92; Gradenwitz, Heidelberger Sitzungsberichte 1915, 9, 13) sind die Worte eam domum in der Eviktionsstipulation Z. 8 unangebracht, da nur eine Haushälfte verkauft wurde.

[6]) Die bisherige Literatur (s. o. S. 138, Anm. 1) läßt diese Frage offen.

[7]) Dies stimmt auch mit dem Namen überein.

schen Ediktes, das unter der Rubrik de natione pronuntianda dem Verkäufer eines Sklaven die Angabe der Nationalität zur Pflicht machte, sonst konnte er von seinem Vertragsgegner und überhaupt jedem Beteiligten mit der actio redhibitoria belangt werden.[1]) Bisher verkannt wurde indes, daß wir diese Anordnung auch in der Urkunde II, dem Kauf einer Sklavin von 139 n. Chr., beobachtet finden.[2])

An der Stelle nämlich, wo man die Herkunftsbezeichnung erwartet, heißt es hier empta sportellaria, und es steht dem Verständnis dieser Worte im Wege, wenn man sie mit Mommsen, CIL. III, p. 937 dahin versteht, daß das Kind zugleich mit der uns sonst unbekannten Mutter als munusculum oder corollarium verkauft worden ist.[3]) Mommsen hat sich natürlich nicht verhehlt, daß die damit vorausgesetzte Bedeutung von sportella als Geschenk oder Zugabe nicht nachweisbar ist; letzterer Umstand ist hier deswegen von Bedeutung, weil sportellarius außer in unserer Urkunde nur noch in einem gleich zu erörternden Glossar vorkommt. Der von ihm angenommene Sachverhalt ist indessen, wie noch beizufügen ist, auch materiell und aus dem Grunde unwahrscheinlich, weil wir doch eine besondere Manzipationsurkunde über das Kind vor uns haben, deren Zweck nicht einzusehen wäre. Wir finden auf den Pompejanischen Wachstafeln[4]) Kaufurkunden, die sich in einem Schriftstück über

---

[1]) Ulp. D. 21, 1, 31, 21 ... quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur, per quod emptor redhibet mancipium. Über das Ziel der actio redhibitoria Lenel, EP² 534; F. Haymann, Die Haftung des Verkäufers 1, 1912, 24; Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 606.

[2]) Vermißt wurde sie freilich schon: Girtanner und Detlefsen, Wiener Sitzungsberichte 23, 1857, 612; Arndts a. a. O. 3, 86. Praktische Bedeutung dieser Angabe: Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 2, 1294; Marquardt, Privatleben der Römer 1² 1886, 166 u. jetzt besonders Bang, Röm. Mitth. 25, 1910, 223.

[3]) Mommsen a. a. O. folgend die Wörterbücher; Bruns I⁷, p. 330, Anm. 1; Girard, textes³ 807, Anm. 1.

[4]) Bruns, fontes I 7 332: Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia alis nominib[us] sunt, sua esse ... Z. 5 eaque mancipia singula nu[mmis sin]gulis Dicidia Margaris emit; näheres bei Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 376; Degenkolb, ZSSSt. 9, 1870. 132; Bechmann, Kauf nach gem. Recht 1, 1876,

die Veräußerung zweier Sklaven aussprechen, und auch Ulpian fragm. 19, 6 gestattet die Manzipation mehrerer beweglicher Sachen durch einen einzigen Akt, insoweit sie zu gleicher Zeit ergriffen werden konnten[1]), ein Tatbestand, der wohl auch in der urkundlichen Niederlegung des Sachverhaltes Ausdruck gefunden hätte.

Indes haben bereits die ersten Herausgeber unserer Urkunde auf die sogenannte Labbesche Glosse hingewiesen, freilich ohne deren Erläuterung verstehen zu können.[2]) Diese bemerkt nämlich (p. 174, II 187, 34 Goetz) sportellarius: *κοπριαίρετος,* und erst die Papyri versetzen uns nicht allein in die Lage, die Angabe des alten Glossars zu erklären, sondern darin auch die geforderte Herkunftsbezeichnung zu erblicken.

Wir erinnern uns nämlich daran, daß in zwei zusammengehörigen Papyrusurkunden P. Oxyr. I 39 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 79) und Oxyr. I 38 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 58) aus den Jahren 49—50 n. Chr. ein ausgesetztes Kind bezeichnet wird als ein solches *ὃ ἀνείρηται ἀπὸ κοπρίας* Oxyr. I 38, Z. 7, oder daß es von seinem Finder, der es dann in Pflege gab und nun zurückverlangt, gesagt wird: *ἀνεῖλεν ἀπὸ κοπρίας* Oxyr. I 37, Col. I, Z. 6. Dies ist genau der *κοπριαίρετος* unserer Glosse, der demnach sportellaria, wie in unserer Urkunde, als ausgesetztes Mädchen deutet. Damit erklärt sich auch befriedigend, warum an der Stelle, wo die Herkunftsbezeichnung der Sklavin erwartet wird, sportellaria steht; es ist damit gemeint, daß der Verkäufer, der sie übrigens selbst durch Kauf erwarb (empta Z. 3), die geforderte Angabe nicht machen kann; denn natürlich kann niemand die Nationalität eines ausgesetzten Kindes bestimmen. Der Verkäufer lehnt vielmehr die ihn aus der bereits erwähnten Vorschrift treffende Haftung[3]) mit der actio redhibitoria ab; seiner

70, anders Eck, ZSSSt. 9, 1888, 87; P. Krüger, Kritische Studien 1870, 45; Rudorff, ZS. f. Rechtsgeschichte 11, 1872, 82; Klein, Sachbesitz und Ersitzung 1891, 40, 62.

[1]) Ulpianus fragm. 19, 6: Res mobiles . . . mancipari possunt et non plures, quam quot manu capi possunt, dazu die in der vorigen Anmerkung erwähnte Literatur.

[2]) Girtanner und Detlefsen a. a. O.; Mommsen a. a. O.

[3]) S. o. S. 159, Anm. 2.

Absicht zufolge soll es mit der Angabe der Volkszugehörigkeit dieselbe Bewandtnis haben, wie wenn es bei der namentlichen Bezeichnung des Sklaven heißt: sive is (ea) quo alio nomine est[1]) oder wenn bei der Grundstücksmanzipation von der Liegenschaft gesagt wird: et si qui alii adfines sunt.[2])

Es ist indes noch aufzuklären, wieso sportellarius zu der Bedeutung „ausgesetzt" gelangt ist; offensichtlich hängt unser Wort mit sportella zusammen, was „Körbchen" bedeutet. Hier hilft indes Exodus 2, 3 weiter, wo es nach der Vulgata des heiligen Hieronymus von dem ausgesetzten Moses heißt: . . . sumsit fiscellam scirpeam . . . posuitque intus infantulum et exposuit eum. Die fiscella, eine Verkleinerung des bekanntlich gleichfalls ursprünglich nur den „Korb" bedeutenden fiscus, ist lediglich ein anderer Ausdruck für unsere sportella, beide Bezeichnungen deuten auf die Sitte, Kinder bei der Aussetzung in einen Korb zu tun. so daß das ausgesetzte Kind „Korbkind" (sportellaria) genannt wird. Es kann dazu dienen, den gewiß bedeutenden zeitlichen Abstand zwischen unserer Manzipationsurkunde und dem Bibelberichte zu überbrücken, wenn wir wiederum anderwärts erfahren, daß die Aussetzung in einem *ὄστρακον*[3]) oder in einer *ἐγχυστρία*[4]), also jedenfalls auch in einem Be-

---

[1]) Pap. Brit. Mus. 229 (Gradenwitz, Einf. 65), Z. 3 sive is quo alio nomine vocatur; I, Z. 2; II, Z. 2; CIL. III, p. 959, Z. 2, ferner die S. 159 Anm. 5 angeführte pompejanische Urkunde und die (römische) Urkunde BGU. I 316 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 271; Bruns I [7] 367), Z. 12 *εἰ καὶ εἴ τινι ἑτέρῳ ὀνόματι καλῖτε ἢ κληθήσεται*, ebenso wie in griechischen Sklavenkäufen, z. B. P. Straßb. 1, 79, Z. 2 und oft. Wie Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen 1882, 333 und Eck, ZSSSt. 9, 1888, 81 bemerken, handelt es sich darum, durch diese Klausel einer Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum vorzubeugen. Interessant ist, daß wir der Klausel auch bei Anrufung der Götter begegnen, offensichtlich mit dem ähnlichen Zwecke, Nachteilen infolge unrichtiger Namensgebung vorzubeugen: Usener, Götternamen 344; Wendland, Hellenistisch-Römische Kultur [2] 1912, 128, Anm. 2; Horat. Carmen saeculare 14 flgde.

[2]) S. u. S. 174, Anm. 4.

[3]) Aristophanes, Frösche 1190 (von Oedipus) *χειμῶνος ὄντος ἐξέθετο ἐν ὀστράκῳ, ἵνα μὴ 'κτραφεὶς γένοιτο τοῦ πατρὸς φονεύς.*

[4]) Scholiast zu Platos Minos p. 314d, p. 310 Dübner: *ἐγχυστρίας*] . . *ἔτι δὲ καὶ αἱ θρηνήτριαι, καὶ δὴ καὶ μαῖαι αἱ ἐκτιθεῖσαι ἐν χύτροις τὰ βρέφη.* Hesychius unter *ἐγχυτρίζειν*: *ἐκτιθέναι βρέφος σὺν χύτρᾳ.*

hältnis geschehen ist. Selbst daß es sich in unserer Urkunde gerade um ein ausgesetztes Mädchen handelt, entspricht der durch merkwürdige Parallelen verbürgten allgemeinen Übung bei Griechen und Römern.[1])

Allerdings haben nun auch die Griechen und zwar von der ältesten Zeit bis ins Syrisch-römische Rechtsbuch in ihre Sklavenkäufe und Freilassungsurkunden Herkunftsbezeichnungen eingesetzt, doch bezogen sich diese nur auf den Umstand, ob der Sklave im Hause geboren (*οἰκογενής*) oder gekauft (*χρυσώνητος*) war.[2]) Damit ist nichts als die pro-

---

[1]) In fast wörtlicher Übereinstimmung heißt es einmal im Brief des *Ἱλαρίων* an seine Schwester und Ehefrau *Ἄλις* (zu diesem Verhältnis Weiß, ZSSSt. 29, 1908, 349) P. Oxyr. IV 744, Z. 8: *ἐὰν πολλαπολλῶν τέκης, ἐὰν ἦν ἄρσενον* Z. 10: *ἄφες, ἐὰν ἦν θήλεια, ἔκβαλε,* und ferner bei Terentius, Heautontimorumenos 625: Meministin me gravidam esse et te maxumo opere edicere | si puellam parerem, nolle tolli. — Poseidippos frg. 11 Kock (Comicorum Atticorum fragmenta 3, 338): *υἱὸν τρέφει πᾶς, κἂν πένης τις ὢν τύχῃ | θυγατέρα δ' ἐκτίθησι, κἂν ᾖ πλούσιος.* Literatur zur Aussetzung: Zumpt, Philologische und historische Abhandlungen der Kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus dem Jahre 1840, S. 67—70; Rein, Röm. Kriminalrecht 1844, 441; Jung, Wiener Studien 1, 1879, 198, Anm. 68; Mitteis, Reichsrecht 127; 361; Mommsen, Juristische Schriften 3, 11; Seeck, Geschichte des Unterganges der antiken Welt 1, 1895, 338; Mau in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie [2] 2, 2588; Costa, storia di diritto Romano 1 1911, 71; von Woeß, Erbrecht und Erbanwärter 1911, 68, 300; von Mayr, Röm. Rechtsgeschichte 2, 2, 21. Rechtsvergleichendes bei Schrader, Sprachvergleichung und Urgeschichte [2] 1890, 563; Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde 1, 1901, 51; Glotz, études sociales et iuridiq. 1906, 187. Aus älterer Zeit: Becker, Charikles [2] 1854, 333, 341.

[2]) Mitteis, Reichsrecht 31; Mitteis-Wilcken 2, 2, 423, Anm. 11; Calderini, la manomissione e la condizione dei liberti in Grecia 1908, 204; P. M. Meyer, Archiv 3, 89, Anm. 4; anders Gradenwitz, Einführung 1, 163. In den Urkunden: *οἰκογενής.* BGU. 195 II, 859; P. Oxyr. I 48, Z. 4; IV 714, Z. 14; *ἀγοραστός*: P. Oxyr. I 95, Z. 14; I 96, Z. 11 (*ἠγόρασεν παρὰ Ἀσκληκιάδου*); *ἣν ἐώνηται* BGU. III 805, Z. 2. An die Stelle der Herkunftsbezeichnung in dem angedeuteten Sinne tritt auch die Angabe des Erwerbes im Erbgang: *πατρικός* P. Oxyr. I 94, Z. 8; IV 716, Z. 15; P. Edmondstone (Mitteis-Wilcken 2, 2, 361), Z. 8: *ἐλθόντος εἰς ἐμὲ ἀπὸ κληρονομίας τῆς μητρός;* Oxyr. I 97, Z. 13. Sehr oft, namentlich in den Ziehverträgen, findet sich auch die Bezeichnung *ἀναίρετος* BGU. IV 1058, Z. 12; 1106, Z. 13; 1107, Z. 9; 1108, Z. 7; 1110, Z. 6, und so ist wohl auch zu lesen P. Oxyr. I 73, Z. 26, wo die Herausgeber bieten: *ἐ[ξ]αίρετον δούλην.* Doch findet sich auch ein Sklavenkauf ohne alle Angaben: P. Oxyr. II 263

zessuale Sachlage gemeint, in die der Käufer eintreten konnte, je nachdem er sein Eigentum durch eine Urkunde über die Geburt des Sklaven im Hause des Verkäufers darzutun imstande war oder nicht, und daher wurden diese Urkunden (*οἰκογενεῖαι*) bei Knaben unter Umständen nicht aufgenommen, weil für etwaige Sklavenkinder natürlich nur die Rechtsstellung der Mutter und die darüber vorliegenden Nachweise maßgebend waren.[1])

Die Angabe der Nationalität hingegen, wie wir sie in unseren peregrinischen Kaufurkunden finden, geht vielmehr auf das römische Ädilenedikt zurück und es ist bezeichnend, daß sie nicht bloß in der nur von Römern ausgestellten Manzipationsurkunde CIL. III, p. 959 (Bruns I[7] 330) aus Siebenbürgen, sondern auch in dem Askalonischen Papyrus gleichen Inhaltes BGU. I 316 Mitteis-Wilcken 2, (2, 271, Z. 13 *γένι Γάλλον*) wiederkehrt; wir begegnen ihr bei römischen Käufen außerhalb der Manzipationsform zu Seleukia in Pierien[2]), zu Myra in Lykien[3]), zu Side in Pamphylien[4]); allerdings ist in den beiden letztgenannten Urkunden nur eine Partei, der Verkäufer, ein Römer, der indes die Art der Abfassung, wie namentlich die römische Datierung zeigt, deutlich beeinflußt hat.

Wenn nun in unserer Urkunde die Herkunftsangabe gleichfalls vorkommt, aber nur ein negatives Ergebnis hervorbringt, so ist dies, wie bemerkt, ein Anhaltspunkt dafür,

(77 n. Chr.), wo es sich um eidliche Erklärung an die Agoranomen über den Verkauf handelt: Eger, Grundbuchwesen 144; Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 95, Anm. 2; 184. Doch muß beigefügt werden, daß sich in Freilassungsakten griechischen Rechtes, wenngleich in geringer Minderzahl, allerdings auch Herkunftsbezeichnungen finden, vergleiche die Tabellen Calderinis a. a. O. 408; allgemeines bei Dittenberger, Hermes 42, 1907, 17, der diese Angaben der Klasse der *κτητικά* im Gegensatz zu den *ἐθνικά* zurechnet.

[1]) P. Cattaoui R. Col. VI (Mitteis-Wilcken 2, 2, 372) Z. 13: *Ἐλπιδηφόρου δὲ οἰκογένειαν [[δὲ]] μ[ὴ] ἔχειν, τοῦτο δὲ ἐπὶ πολλῶν φιλεῖν* Z. 15 *γενέσθαι, μὴ γὰρ παῖ[δας ἐξ ο]ἰκογενείας τάσσεσθαι*, cf. auch Z. 14, 17, Mitteis a. a. O.; P. M. Meyer a. a. O.

[2]) Herausgegeben von A. Schulten, Hermes 32, 1897, 273; Gradenwitz, Einführung 1, 65, Z. 2 puerum natione Transfluminianum.

[3]) BGU. III 913, Z. 8 (206 n. Chr.) *γέν]ει Λύκιον*. [4]) BGU. III 887 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 272, 151 n. Chr.), Z. 4 *γένει Φρυγίαν*.

daß sie aus dem Gefühl, einer verpflichtenden Norm gegenüberzustehen, gemacht worden ist, die Beobachtung durch den Verkäufer beansprucht.[1]) Dieser Umstand macht das gleiche auch für die Herkunftsbezeichnung in der Urkunde I, die Zusicherungen physischer Eigenschaften und die Eviktionsstipulationen wahrscheinlich, die in Rom durch das Ädilenedikt vorgeschrieben waren. Hier indes haben wir Peregrinen vor uns, wenngleich ausgestattet mit der Fähigkeit zum zivilen Erwerbsgeschäft (commercium), und außerdem sind unsere Manzipationen in einer Provinz abgefaßt, nicht in Rom. Es ergeben sich somit nach beiden Richtungen Schwierigkeiten, denn es ist einerseits zu fragen, ob das Ädilenedikt auch auf Peregrinen Anwendung erlitt, und es ist ferner nicht sicher, ob es überhaupt in der Provinz Dazien gegolten hat. Auch wird sich zeigen, daß sich die hier aufgeworfenen Fragen ganz identisch auch bei den ebengenannten, außerhalb Daziens verfaßten Urkunden beantworten.

Unsere Überlieferung über die kurulischen Ädilen ist allerdings eine höchst dürftige, viel dürftiger als über die anderen Magistraturen. Immerhin darf darauf hingewiesen werden, daß wir zwar bei den Prätoren zwei provinciae kennen, die des Stadt- und des Fremdenprätors, die unter Umständen auch noch zusammengelegt und in der Hand des praetor urbanus vereinigt werden können.[2]) Bei den Ädilen ist nichts von einer solchen Sonderung bekannt, und

[1]) Nur der Vollständigkeit halber sei auf die Altersangaben verwiesen. Sie lauten in II, Z. 2 annorum circiter p(lus) m(inus) sex, in der Urkunde aus Seleucia (S. 163 Anm. 2) Z. 4 annorum circiter septem, in der Urkunde aus Myra (S. 163 Anm. 3) Z. 8 ὃν ὡς ἐτῶν εἴκοσι und in der Urkunde aus Side (S. 163 Anm. 4) ὡς ἐτῶν . . . Darin könnte man eine allerdings unbeholfene Verwirklichung der Klausel des Ädilenedikts „ne veterator pro novicio veneat" (Lenel, EP [2] 538; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 1294; Fr. Haymann, Haftung des Verkäufers 1, 28; 31; Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 607) erblicken, und darauf die auffällig vorsichtige Gestaltung dieser Angaben zurückführen, aber sie sind bei einem Sklavenkauf zu natürlich und finden sich auch außerhalb des römischen Rechtskreises ganz identisch, wie etwa die Beispiele bei Mitteis-Wilcken 2, 2, 267—269 zeigen.

[2]) Mommsen, Staatsr. 2[3], 210; Brassloff, Römische Mitteilungen 26, 1911, 264 und schon Puchta-Krüger I[10] 205 flgde.; Weiß bei Pauly-Wissowa unter ius gentium IId.

wenn man es als sicher gelten läßt, daß auch Fremde auf dem römischen Markte Sklaven und Kleinvieh verkauften, so wird man ferner ihretwegen und gegen sie Rechtsschutz gewährt haben müssen, und so wird sich schließlich an diesem Punkte ein identisches Amtsrecht für Römer und Peregrinen herausgebildet haben[1]), nicht als Ausfluß des commercium, sondern durch die Natur des Sachverhaltes gefordert. Es ist hierbei keineswegs notwendig, auch hier eine Unterscheidung vorauszusetzen, wie wir sie zwischen dem Edikt des praetor urbanus und des peregrinus walten sehen. Denn man darf nicht verkennen, daß die Existenz eines besonderen Peregrinenedikts trotz des, wie eben erwähnt, vielfach einheitlich verlaufenden Amtsrechtes durch den Inhalt des Edikts des praetor urbanus nicht bloß logisch, sondern auch praktisch gefordert war; schon aus inneren Gründen hätten die Peregrinen letzterem zufolge keinen Rechtsschutz finden können, das sich an so vielen Stellen auf das ius Quiritium, die leges und senatus consulta berufen hat[2]), während diese andererseits freilich auch den Peregrinen nicht binden. — Keine der Formeln oder Klauseln des Ädilenedikts kennt eine derartige Berufung auf Rechtsquellen des Bürgerrechts[3]), so daß ein besonderes Fremdenedikt nicht er-

---

[1]) Mitteis, Röm. Privatr. 68, Anm. 16.

[2]) Auf das ius Quiritium bezieht sich die rei vindicatio (Lenel, EP[2] 181), die hereditatis petitio civilis und partiaria (Lenel 171, 175), möglicherweise die Servitutenklage (Weiß in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie unter ius Quiritium); auf leges die „allgemeine Formel" (Lenel 492) „si in ea re nihil contra legem (senatus consultum) factum est", fernerhin die auf die Bürgschaftsgesetze (lex Furia, Appuleia, Publilia, Cicereia) gestützten Rechtsmittel (Lenel 210), die Aquilischen Klagen (Lenel 193), die allerdings durch Fiktion auch den Fremden zugänglich gemacht wurden Gaius 4, 37 (Wlassak, Römische Prozeßgesetze 2, 147).

[3]) Wir können uns nicht der Frage entziehen, ob auf das Verfahren vor den Ädilen die römischen Prozeßgesetze über das Formularverfahren Einfluß hatten (offen gelassen von Wlassak, Röm. Prozeßgesetze 2, 212, Anm. 55), ob namentlich von einem iudicium legitimum die Rede sein konnte, selbst wenn die von Gaius 4, 104 aufgezählten Bedingungen erfüllt waren (in urbe Roma . . . inter omnes cives Romanos sub uno iudice). Man wird beide Fragen verneinen müssen, weil es sich dort um Jurisdiktionsgesetze handelt, und eine iurisdictio den Ädilen

fordert wurde. Dazu tritt eine freilich mehr aprioristische, methodisch nur durch die Dürftigkeit unserer einschlägigen Überlieferung gerechtfertigte Erwägung. Das Edizieren und die Gewährung von Klagen ist bei den Ädilen lediglich Ausfluß der Marktpolizei; noch in unserer Überlieferung wird es durch die fallaciae venditorum mehrmals begründet.[1]) Wenn diese Behörde für richtiges Maß und Gewicht sorgt und verbotene Waren einzieht[2]), so wird sie sich dabei wohl an alle Marktbesucher gehalten und auch hier ebensowenig zwischen Bürgern und Nichtbürgern unterschieden haben, wie wenn sie Sachen, die den städtischen Straßenverkehr behinderten, beseitigen läßt.[3]) Ist aber die Gerichtsbarkeit

---

zwar auch zukommt (besonders Gaius 1, 6), sie aber kein imperium haben (Mommsen, Staatsr. 1³, 151), sie überhaupt von Haus aus keine Jurisdiktionsmagistrate sind (Kornemann, Klio 14, 1914, 192). Man hat daher es auch als sicher hingestellt, daß vor ihnen niemals eine legisactio stattgefunden hat (Kniep, Praescriptio und Pactum 1891, 173); es wird sich vielmehr auch hier um honorarische Rechtsbildung sowohl im Verfahren (Formularprozeß), wie im materiellen Recht gehandelt haben, die ja auch sonst in bedeutendem Umfange neben dem zivilen Gesetzesrecht schon für eine sehr frühe Zeit angenommen werden kann (Mitteis, Röm. Privatr. 1, 53 flgde., und über das hohe Alter des Ädilenedikts Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 608). Wegen furtis noxaque solutum s. u. S. 173.

[1]) Ulp. D. 21, 1, 1, 2; 37 et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit.

[2]) Mommsen, Röm. Staatsr. 2³, 500. Über den polizeilichen Charakter der Ädilengerichtsbarkeit Bechmann, Kauf 1, 1876, 395; Kniep a. a. O.; Franz Haymann a. a. O. 22, 30. Die ältere Literatur, aus welcher Thibaut, Civilistische Abhandlungen 1814, 138 flgde. und Dirksen, Zivilistische Abhandlungen 2, 1820, 209 flgde. hervorzuheben sind, befaßt sich in erster Reihe mit dem Amt im allgemeinen, ohne Sonderung zwischen den kurulischen und plebejischen Ädilen. Vgl. ferner Ruggiero, dizionario epigrafico 1, 1895, 224, 225; Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains 1, 1901, 228, Anm. 1. Mitteis, Röm. Privatr. 1, 55; 109, Anm. 33, der ebenso wie Pernice, Labeo 2², 2, 1, 52 auf den ursprünglichen Charakter der ädilizischen Rechtsmittel als Pönalklagen hinweist. Weitere Literatur bei Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie ² 1, 464.

[3]) D. 18, 6, 13: Paulus Libro tertio Alfeni epitomarum (Lenel 52 Alfenus) Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet. D. 18, 6, 14: Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem (Lenel 910) eumque cum aedili, si id non iure

und deren Übung einheitlich[1]), so fehlt der Anlaß für ein besonderes, sich an die Peregrinen wendendes Ädilenedikt.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage nach der Geltung des Ädilenedikts in Dazien. Diesbezüglich ist bereits andernorts klargestellt, daß die Justizedikte der Kaiserzeit in den Provinzen im ganzen den Rechtszustand des prätorischen Edikts Roms wiedergaben, vorbehaltlich gewisser von Provinz zu Provinz wechselnder Spezialnormen.[2]) Betreffs des Ädilenedikts indes läßt sich jene Behauptung nicht in dieser Allgemeinheit aufstellen, weil Gaius 1, 6 ausdrücklich die Proponierung einer dem Ädilenedikt analogen Rechtsquelle für die provinciae Caesaris in Abrede stellt[3]); begründet wird dies von Gaius damit, daß in diese Provinzen Quästoren oder, wie sie im technischen Sprachgebrauch der Kaiserzeit hießen, quaestores pro praetore[4]), nicht entsendet werden, während der kaiserliche Legat oder sein Vertreter, der Präsidalprokurator (procurator pro praeside)[5]) lediglich ein dem römischen Prätorenedikt ähnliches kundmachte. Grundsätzlich davon zu sondern ist begreiflicherweise die Frage, ob nicht bereits zur Zeit Hadrians die wirkliche Ausübung der Marktgerichtsbarkeit durch die Ädilen ihr Ende erreicht hat[6]); da doch ihr Edikt, wie eben jene Bemerkung des Gaius zeigt, jedenfalls als selbständige Rechtsquelle sein Dasein behauptet hat.

---

fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas eum aedile habuisset, ei praestaret.

[1]) So namentlich Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 1289.

[2]) Weiß, Studien zu den Röm. Rechtsquellen 1914, 103 flgde.

[3]) Weiß a. a. O. 106; Rabel a. a. O. [4]) Mommsen, Staatsr. 2[3], 246, Anm. 4; Hirschfeld, Verwaltungsbeamte [2] 387.

[5]) Jung, Fasten der Provinz Dazien 1894, p. II, XXI; Hirschfeld a. a. O. und wegen des Vertretungsverhältnisses Wenger, Stellvertretung 1907, 41 flgde. Übrigens hat es keine Prokuratoren für ganz Dazien gegeben: Hirschfeld, Kleine Schriften 1913, 752, Anm. 1.

[6]) Pernice, Labeo 2[2], 1, 255 flgde.; Haymann a. a. O. 37; für einen späteren Termin betreffs der Beseitigung des Amtes tritt Kniep, Praescriptio und Pactum 1891, 162 ein, nämlich für die Regierung des Alexander: Aelius Lampridius, Vita Alexandri Severi cap. 43, 3: Quaestores candidatos ex sua pecunia iussit munera a populo dare, sed ita, ut post quaesturam praeturas acciperent et deinde provincias regerent, dazu Mommsen, Staatsr. 1[3], 559.

Zu diesen kaiserlichen Provinzen hat nun auch Dazien gehört[1]), und so müssen wir wohl annehmen, daß das Ädilenedikt dort nicht gegolten, seine Zwangsmittel, um den Verkäufer zu einem Verhalten nach seinen Vorschriften zu bewegen, nämlich die actio redhibitoria oder quanti minoris[2]) dort nicht Platz gegriffen haben; die Angaben, Zusicherungen und Stipulationen, die wir in den siebenbürgischen Urkunden finden, beruhen also gar nicht auf ediktalen Vorschriften als solchen, und es ist hier ferner darauf hinzuweisen, daß auch in den bereits erwähnten hier einschlägigen Sklavenkäufen außerägyptischer Herkunft auf Papyrus jene ädilizischen Zusagen in größerer oder geringerer Ausführlichkeit wiederkehren.[3]) Besondere Hervorhebung verdient dabei der Umstand, daß das Edikt mehrfach sogar ausdrücklich als Rechtsquelle angeführt wird, obwohl alle jene Urkunden in kaiserlichen Provinzen, ähnlich wie unsere dazischen Wachstafeln abgefaßt sind[4]); so in der Kauf- und Traditionsurkunde aus Seleukia in Pierien (Provinz Syrien, 166 n. Chr.) P. Brit. Mus. 229, Schulten, Hermes 32, 1897, 273; Gradenwitz, Einführung 1, 65, wo versprochen wird, der Sklave sei Z. 7 sanum esse ex edicto; wörtlich übersetzt dies die gleichartige Urkunde aus Side in Pamphylien (Provinz Lykien, 151 n. Chr.) BGU. III 887, Mitteis-Wilcken 2, 2, 272, Z. 4 mit *ὑγιῆ ἐκ διατάγματος,* und vermuten dürfen wir das Edikt wohl auch, wenn wir zu Myra in Lykien (Provinz Lykien, 206 n. Chr.) BGU. III 913 die

---

[1]) S. o. S. 142 u. und Domaszewski, Rheinisches Museum 48, 1893, 243, 244; Marquardt, Staatsverwaltung 1², 309; Hirschfeld a. a. O. 750.

[2]) Gaius D. 21, 1, 28 (Lenel 386): Si venditor de his, quae edicto aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses, vel quanti emptoris intersit, intra sex menses, dazu Haymann a. a. O. 24, zweifelnd Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 606. Die Verpflichtung umfaßte sowohl die Eviktionsstipulationen, wie auch die übrigen Zusicherungen Lenel, EP² 530 flgde.; Bechmann, Kauf 1, 1876, 405 flgde.; wegen der habere licere Stipulation Rabel, Haftung 1, 1902, 68, der sie als die ältere Folge eines jeden Konsensualkaufes betrachtet, Neratius D. 19, 1, 11, 8. [3]) Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 193; Rabel a. a. O. 72; Haymann a. a. O. 21.

[4]) Vgl. Hirschfeld, Verwaltungsbeamte ² 371; eine tabellarische Übersicht in Lübke-Geffcken-Ziebarths Reallexikon 1914, 1151.

Verkäuferin Gemella versichern hören, sie habe verkauft Z. 5 *κατὰ [τοὺς περὶ ἀλλοτρ]ιώσεων σωμάτων κα[ὶ τ]ὰ διαστάλματα.*[1]) Die Parteien sind freilich auch hier überall Römer, nur in der letzterwähnten Urkunde aus Myra ist es bloß die Verkäuferin, die einem Z. 7 *Σίμωνι Δημοσθένους Π[α]ταρεῖ,* also wohl einem Griechen, als Erwerber gegenübersteht.

Es liegt hier einer jener Rezeptionsvorgänge aus dem ediktalen ins außerediktale Recht vor, auf welche bereits mehrfach, namentlich von Wlassak und Mitteis hingewiesen worden ist[2]); es handelt sich um ein auf Grund honorarischer Sätze entstandenes Reichsverkehrsrecht im eigentlichen Sinne des Wortes[3]), und es darf vielleicht bemerkt werden, daß mehrere der uns hier interessierenden Sklavenkäufe, mit Beobachtung der ädilizischen Vorschriften oder gar mit Anrufung des Edikts, von Sklavenmärkten oder wenigstens aus Mittelpunkten des Verkehrs herrühren, so unsere Urkunde I aus den kana(bis) legio(nis) XIII g(eminae), der einzigen Garnison der Provinz Dazien[4]); die Urkunde aus Side (BGU. III 887, Z. 2; Mitteis-Wilcken 2, 2, 272) berichtet, der Käufer habe *ἐπρίατο ἐν ἀγορᾷ,* ebenso wird zu Myra in Lykien (BGU. III 916, Z. 4) der Kauf abgeschlossen *[διὰ τῶν τῆς Μύρ]ων πόλεως γραμματοφυλακίων,* im P. Brit. Mus. 229 (Schulten, Hermes 32, 1897, 274; Gradenwitz, Einführung 1, 65), Z. 17 einfach in castris [in] hibernis; hier konnte eine einheitliche Übung nach dem durch die Gepflogenheiten des römischen Marktes gegebenen Muster am ehesten durchdringen, namentlich wenn man die äußeren Formen (Anschlag über die Eigenschaften des Sklaven, öffentliche Versteigerung durch einen auctionator) bedenkt, zu denen sich der antike Sklavenhandel in römischer

---

[1]) Ergänzungen nach Preisigkes Berichtigungsliste 82; doch bezieht Preisigke unsere Wendung auf „Verkauf ins Ausland (nach Ägypten)"; dabei ist jedenfalls nicht gewürdigt, daß es sich um einen ganzen Komplex von Normen handelt. Vgl. auch Rabel, ZSSSt. 31, 1910, 478.

[2]) Wlassak, Negotiorum gestio 1879, 153 flgde.; Pauly-Wissowa 1, 311; Bekker, ZSSSt. 4, 1883, 148; Mitteis, Röm. Privatr. 1, 54; weitere Literatur bei Weiß, unter ius civile II bei Pauly-Wissowa.

[3]) Mitteis, Reichsr. 120 flgde.

[4]) Wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der kanabae s. o. S. 144.

Zeit durchgerungen hatte.[1]) Andererseits ist gerade beim Ädilenrecht eine Erweiterung und Ausdehnung seiner Grundsätze über Sklaven- und Viehkäufe auf alle anderen Geschäfte, also freilich nicht betreffs des örtlichen Geltungsgebietes, sondern betreffs des sachlichen Geltungsbereiches nachweisbar[2]); auch vollzieht sich diese Entwicklung, in welcher die gewöhnliche actio empti als Trägerin der ädilizischen Grundsätze erscheint[3]), erst in nachklassischer Zeit, wenigstens sofern Liegenschaften in Betracht kommen.

---

[1]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 1289, 1290; Kniep, Festgabe für Thon 1911, 19flgde.; Leist bei Pauly-Wissowa 2² 2271. Besonders bezeichnend die Fassung der lex metalli Vipascensis CIL. 2, 5181 (Dessau 6891, Bruns, fontes I⁷ 290), Z. 11: Qui mancipia sub praecone venum]dederit, Z. 17: Qui mancipia aliamve quam re[m sub] praeconem subiecerit et intra dies XXX de condicione vendiderit; betreffs der Kundmachung der Verkaufsbedingungen Gellius, Noctes Atticae 6, 4, 2; .... mancipia insignia esse in vendundo deberent, ut emptores errare et capi non possent, neque lex vendundi opperienda esset, sed oculis (gemeint sind hier servi pilleati, quorum nomine venditor nihil praestaret) iam praeciperent, quidnam esset mancipiorum genus. Wegen der an den als Versteigerer auftretenden argentarius gezahlten Provision Kniep a. a. O., wegen der Buchführung über die Kaufpreise einerseits die pompejanische Quittung CIL. 4, supplementum XLIX (Bruns, fontes I⁷ 356): Perscriptio [L. Cornel]io Ma[xs](imo) ... quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit ob manc(i)pia duo veterana vendita (s. o. S. 164, Anm. 1), andererseits zum Ausdruck Mitteis, ZSSSt. 19, 1898, 213; Erman daselbst 20, 1899, 196 und wegen der Quittung der Partei (CIL. 4, suppl. XLV Bruns, fontes I⁷ 356: scri[ps]i me a(c)cepisse ab L. Caecilio Iuquundo ... nummo[s] ex auctione venaliciaria, dazu Kniep a. a. O. 48; allgemeines bei Mommsen, Schriften 3, 225; Kübler, ZSSSt. 32, 1911, 368 u. jetzt Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren 1911, 35.

[2]) Mommsen, Staatsrecht 2³, 1, 501; Kniep, Praescriptio und Pactum 1891, 164; Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 55, Anm. 37; der Vorgang ist im einzelnen dargelegt bei Vangerow, Pandekten 3⁷ (1869), 307, dort auch Anführungen aus der älteren Literatur; Hanausek, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1, 1883, 53flgde.; Bechmann, Kauf 1, 1876, 411flgde.; Riccobono, bulletino dell' istituto 20, 1908, 9flgde.; Haymann, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1, 1912, 37; Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 606; Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1², 464; Fritz Schulz, Einführung in das Studium der Digesten 1916, 117.

[3]) So besonders Hanausek a. a. O.; bei Haymann a. a. O. 75 Rekonstruktion von D. 21, 1, 33 (Gaius libro secundo ad edictum aedi-

Wesentlich kräftigere Farben würde das Bild einer derartigen Übernahme von Grundsätzen des Ädilenrechts in fremde Provinzen zeigen, wenn man sich vor Augen hält, daß es sich hier um dicta et promissa handelt, die natürlich nicht einseitige Zusagen, sondern den Gegenstand einer Vereinbarung unter den Parteien darstellen. Dies steht bei den promissa wegen der Stipulationsform außer Zweifel[1]); aber auch die dicta beruhen als dicta in mancipio, also Bestandteil der lex mancipationis auf der gleichen Grundlage[2]); der römische Verkehr scheint eine ganze Reihe von Zusicherungen über Eigenschaften des Sklaven unter diesen Gesichtspunkt gebracht zu haben.[3]) Inhaltlich auf jene ebenerwähnten, öffentlich kundgemachten Anschläge des Verkäufers zurückgehend, ist es die lex mancipationis, die in unseren Urkunden als persönliche Eigenschaften des Sklaven (Name, Alter, Herkunft) den Eingang des Schriftstückes bildet und die Individualisierung eben dadurch ermöglicht. Damit ist aber, wenn man dies mit den promissa über physische und rechtliche Mängel zusammenhält, auch der geschichtliche Zusammenhang klargestellt, in den unsere Urkunden, die sich so deutlich an die Vorschriften des ädilizischen Edikts anlehnen, gehören; es handelt sich hier um Wanderungen des Kaufformulars und zwar, wie die Urkunden auf Papyrus zeigen, nicht gerade gebunden an die Manzipation, mithin um die Herausbildung einer einheitlichen Vertragspraxis.[4]) Eine solche Wanderung, freilich in bedeutend weiterem Umfang, ist für die Eviktionsstipulation bereits nachgewiesen[5]); es darf daher nicht wundernehmen, wenn wir daneben auch

---

lium curulium), der S. 64 und 90 auch die Echtheit von Ulp. D. 19, 1, 13 pr. (dagegen Mitteis a. a. O. 55, Anm. 37) anzweifelt. Vgl. ferner Ulp. D. 19, 1, 11, 3: Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.

[1]) Kniep a. a. O. 157; nicht ganz klar Bechmann a. a. O. 1, 408; Partsch, ZSSSt. 33, 1912, 609. [2]) So nunmehr Partsch a. a. O.

[3]) So besonders Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Gaius D. 21, 1, 20; Kniep a. a. O. 153 flgde.

[4]) Die Bedeutung des Formulars für die Verbreitung des römischen Rechts ist zuerst geschildert von Mitteis, Reichsrecht 196 flgde.; dann P. Lips. I, p. 37; Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft 1902, 33; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen 1, 1910, 25, 55, 72 flgde.

[5]) Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 1902, 33 flgde.

die pronuntiatio über die Volkszugehörigkeit des Sklaven und die Zusicherungen physischer Mängelfreiheit an Orten auftauchen sehen, wo das Ädilenedikt, das dem Verkäufer ihre Ablegung zur Pflicht machte, nicht gegolten, wo insbesondere jene Stipulation nicht proponiert war. Wir können vielleicht sogar bemerken, daß sich diese Rezeption mit einer gewissen Freiheit vollzogen hat. Denn das Formular des Albums schrieb vor, daß der Käufer im Falle einer Eviktion dem Verkäufer hiervon Mitteilung zu machen habe[1]); eine solche Denunciatio ist unseren Urkunden aus Siebenbürgen fremd, während sie in Seleukia und Side zwar wegbedungen, aber erwähnt wird[2]), ein Vorgang, den die Rechtsbücher ohne weiteres betreffs aller Vorschriften des ädilizischen Edikts für zulässig erachten[3]); ähnliche Minderung der Mängelhaftung findet sich vielfach auch in den ägyptischen Kaufverträgen.[4])

---

[1]) Lenel, EP² 542, Anm. 15; Ulp. D. 21, 2, 55, 1; Paul. daselbst 56, 4—7.

[2]) P. Brit. Mus. 229, Schulten, Hermes 32, 1897, 274; Gradenwitz, Einführung 1, 1900, 65, Z. 7 et si quis eum puerum partemve quam eius evicerit, simplam pecuniam sine denuntiatione recte dare stipulatus est Fabellius Macer; BGU. III 887 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 272), Z. 17 *ἐὰν δ' ἐκ] τούτων η ῃ [. . . .] . . . . ἢ [ἐπ]αφὴ αὐτ[ο]ῦ ἢ ἐκ μ[έ]ρο[υς γ]ένη[τ]αι κ[αὶ ἐκνει]κηθῇ, τότε διπλῆν τὴν τειμὴν χωρὶς παραγγελίας κ]αλῶς [δίδοσθαι πί]στει ἐπη[ρ]ώτησεν Ἀρτ[εμίδω]ρ[ος Κ]αισ[ίου κ. τ. λ.* Die Urkunde aus Myra BGU. III 913 ist an der entscheidenden Stelle Z. 10 verstümmelt.

[3]) Ulp. D. 21, 1, 14, 9 und besonders D. 2, 14, 31 (Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium, Lenel 1791): Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea. Die Verkörperung der vollen Vertragsfreiheit ist die venditio simplaria Pomponius D. 21, 1, 48, 8, libro vicesimo tertio ad Sabinum, Lenel 708, ferner Gellius 6, 4, 1 . . . servos . . ., quorum nomine venditor nihil praestaret, die im syrisch-römischen Rechtsbuch L. 39 III, 113b II als *ἁπλῇ ὠνῇ* erscheint; in den Papyri bezeichnen dies die Worte *ἀναπόρριφος* und *τοῦτο τοιοῦτο* beim Viehkauf, Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 192 mit allem Material, dazu betreffs des Papyrus Cairo Preis. 1 ZSSSt. 32, 1911, 348; Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1², 465; Bruns-Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch 1880, 207 flgde.

[4]) Vollkommener Ausschluß beim Viehkauf betreffs der physischen Mängel, ebenso beim Sklavenkauf, abgesehen vom morbus comitialis Mitteis bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 192, 193. Die *ἐπαφή*, für welche stets

V.

Wenn wir also annehmen, daß den siebenbürgischen Urkunden nicht bloß das commercium, sondern auch römische Formulare zugrunde liegen, so sind damit die äußersten Grenzen bezeichnet, innerhalb welcher wir den Einfluß des römischen Rechtes vorauszusetzen haben. Allerdings wird in den beiden Sklavenkaufverträgen (I, Z. 5; II, Z. 6) auch dafür garantiert, der Sklave sei „a furtis noxaque (noxisque) solutum (solutam)". Selbstverständlich ist die Ausdrucksweise rein römisch[1]), doch kann im vorliegenden Falle der römische Name auch peregrinische Formen der Noxalhaftung decken. Im hellenischen und hellenistischen Recht kennen wir peregrinischen Ordnungen[2]), die den Sklaven ebenso wie das römische Recht für Delikte mit seinem Körper haften lassen, sei es durch Abarbeitung oder körperliche Züchtigung, daneben aber auch teilweise Ausgleichung des Schadens in Geld gestatten; und ähnlich sehen wir die Noxalhaftung bei den verschiedensten Völkern, bei Germanen, Kelten und Slaven ganz ähnlich erscheinen.[3]) Wir können also aus der Erwähnung der Noxalhaftung nichts für die Rechtsstellung der Peregrinen entnehmen; auch muß mit der Möglichkeit einer Erstreckung der zivilen Noxalklagen auf sie als Eigentümer im Wege der Fiktion der Zivität gerechnet werden, da die unter diesen Gesichtspunkt fallenden Tatbestände des furtum und der lex Aquilia derart auch bei Peregrinen verfolgt werden.[4]) Quiritisches Eigen-

---

gehaftet wird, geht auf den Mangel im Recht Kübler, ZSSSt. 32, 1911, 366 flgde., vgl. auch Schwarz, Hypothek und Hypallagma 1911, 140, Anm. und oben S. 172 Anm. 3.

[1]) Pomp. D. 21, 2, 30; Diocletianus CI. 4, 49, 14.

[2]) Mitteis, Reichsrecht 72; bei Mitteis-Wilcken 2, 1, 278; Lipsius, Attisches Recht 3, 2, 660, 796; Dikaiomata 111 flgde.; Partsch, Bürgschaftsrecht 1, 92, 136; Arch. 5, 68; San Nicolò, Groß, Archiv 57, 1914, 320; Wenger, Münchner Kritische Vierteljahrsschrift 52, 1914, 365; Hitzig, ZSSSt. 26, 1905, 446; aus den Papyri besonders P. Lille 29, Mitteis-Wilcken 2, 2, 369 Col. I, Z. 27 — II 39 und ferner P. Hal. 1, Z. 186 flgde. Eingehend Glotz, la solidarité de la famille 1904, 177 flgde.

[3]) Girard, Nouvelle revue historique de droit français et étranger 12, 1888, 51 flgde.; Girard-Mayr, Geschichte und System 2, 737, Anm. 1.

[4]) Einerseits Gaius 4, 76: Constitutae sunt autem noxales actiones

tum darf wohl in diesem Falle als Voraussetzung der Noxalhaftung abgelehnt werden; denn die allerdings erforderliche potestas wird von den Klassikern nur als tatsächliche Exhibitionsfähigkeit des Beklagten (interrogatio de facto) gedeutet.[1]) War allerdings der Sklave abwesend, so konnte ihn freilich nur der dominus verteidigen[2]), und so konnte auch die Frage nach dem Eigentumsrechte (interrogatio de iure) erörtert werden, doch wird man wohl einen Peregrinen als dominus im Sinne der Rechtsbücher, die die Bezeichnung dominium auch vom peregrinischen Eigentum gebrauchen[3]), angesehen und ihn daher wohl auch zur Defension verstattet haben. —

Ebensowenig wie aus der Erwähnung der noxa wird man daraus folgern können, daß die Manzipation III, Z. 3 ebenso wie die baetische Fiduziartafel die Grundstücksnachbarn zwar nennt, aber nur ungefähr und somit unter Ablehnung aller Haftung anführt.[4]) Allerdings weisen die Rechtsbücher einen Geschäftsgebrauch nach, der den Verkäufer zu dahingehenden Angaben verpflichtete[5]), und verhaften ihn bei Verschweigung unbequemer Nachbarn mit der actio venditi[6]); auch Plinius bezeichnet die Nachbar-

---

aut legibus aut edicto praetoris: legibus velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; andererseits daselbst 37. Item civitas Romana peregrino fingitur . . . velut si furti agat aut cum eo agatur . . . similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.

[1]) Paulus D. 50, 16, 215: Potestatis verbo plura significantur . . . at cum agimus de noxae deditione cum eo, qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. Ulp. D. 9, 4, 21, 3: „In potestate“ sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat. Ulp. D. 47, 2, 17, 3; Kniep, ZSSSt. 10, 1899, 400.

[2]) Lenel, EP [2] 156, 158; Partsch, ZSSSt. 31, 1910, 411.

[3]) Gaius 2, 40 . . . apud peregrinos quidem unum esse dominium et cet.

[4]) in]t[er] ad[fines Platorem Accep]tianum et Ingenuum Callisti (scriptura exterior: filium et si qui alii adfines sunt et viam publicam). CIL. 2, 5042 (Bruns, fontes I[7] 334), Z. 5: Adfines fundo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

[5]) Paul. D. 10, 1, 12; Gaius 18, 1, 35, 8; Iavolenus 18, 1, 63, 1.

[6]) D. 18, 1, 35, 8: Gaius libro decimo ad edictum provinciale: Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem, emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem. Degenkolb, ZSSSt. 9, 1870, 127.

schaft als eine für den Grundstückskäufer ganz besonders in Betracht kommende Angelegenheit.[1]) Aber auf der anderen Seite sind diese Angaben, schon zur Bezeichnung der Liegenschaft, etwas so Natürliches, daß sie auch ohne Beziehung auf eine bestimmte Rechtsquelle genügend erklärt sind.[2]) Selbst für eine mit Absicht ungenaue Aufzählung der Nachbarn finden sich in den Papyri viele Beispiele.[3])

Schließlich darf in diesem Zusammenhang auf die äußere Erscheinung unserer Urkunden hingewiesen werden. Es sind sogenannte Triptyche[4]), und das hier Wesentliche ist die bereits mehrfach hervorgehobene Tatsache[5]), daß sie dem Senatsschlusse vom Jahre 61 n. Chr. entsprechen, der anordnete, daß die Urkunden nicht allein mit der auch anderwärts vorkommenden Ausfertigung von scriptura interior und exterior abzufassen, sondern auch derart zu heften sind, daß dreifacher Bindfaden durch Löcher in der Nähe der Ränder gezogen und außen durch ein Siegel zusammengehalten wird[6]); nur die dritte Holztafel wird nicht unbeweglich verbunden, sondern bloß mit einer Kante an-

---

[1]) Plinius historia naturalis 18, 3, 2: Agrum paraturos ante omnia intueri oportet aquam viam vicinum (ungenaue Anführung aus Cato de agricultura 1, 3).

[2]) Beispiele aus dem griechischen Recht P. Hal. 1, Z. 246: *Οἱ δὲ ταμίαι ἀναγρα]φόντωσαν τὰς ὠνὰς κατὰ δήμους* .... 251 *ἐπιγράφ[οντες καὶ τοὺς γείτονας], ἐὰμ μὲν πλείονες ὦσιν, πάντας*, ebenso Dittenberger, Syll.[2] 832, 833 (Kaufverträge aus Amphissa und Aegina), in Stiftungsurkunden: Laum, Stiftungen in der griechischen und römischen Antike 1, 1914, 137, in den Kaufverträgen auf Papyrus, z. B. P. Lond. III 1204/10 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 152, gleichfalls Hausanteil), Col. II, Z. 20 *γείτονες τῆς ὅλης οἰκίας νότου οἰκία Ἁρπαήσιος*; P. Lond. III 881/12 Mitteis-Wilcken 2, 2, 153, Col. I, Z. 21; P. Lond. III 882/13 Mitteis-Wilcken 2, 2, 154, Col. I, Z. 13 und sonst sehr oft.

[3]) Die Wendung der Urkunden ist hier: *ἢ οἳ ἂν ὦσι γείτονες παντόθεν*, z. B. P. Lond. III 1204/10 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 152), Col. II, Z. 22; BGU. III 998 (Mitteis-Wilcken 2, 2, 252), Z. 10; doch fehlt diese gelegentlich auch, z. B. P. Straßb. I 14, Z. 14.

[4]) S. die o. S. 138, Anm. 1 angeführte Literatur, ferner Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 298; Krüger, Literatur und Quellen[2] 267 und besonders Birt, Kritik und Hermeneutik 1913, 259 flgde.

[5]) Die eben genannten Schriftsteller, Kipp, Geschichte der Quellen[3] 177; Gerhard, ZSSSt. 25, 1904, 384.

[6]) Paulus, Sententiae receptae 5, 25, 6.

geheftet, damit derart die scriptura exterior gelesen werden kann. Insbesondere bei unseren siebenbürgischen Urkunden erstreckt sie sich von der vierten Seite, die die Siegel enthält, auf die fünfte, und die Durchbrechung der Wachstafel zeigt dabei deutlich den Einfluß des Senatsschlusses im Gegensatz zur bloßen Einkerbung, wie etwa auf den meisten Urkunden aus Pompeji.[1]) Hierbei entspricht die Wirkung des Senatsschlusses auf die siebenbürgischen Peregrinen, wie sie zur republikanischen Zeit wohl kaum hätte stattfinden können, der schon längst gemachten Beobachtung, daß die Senatuskonsulta des Prinzipats nicht bloß allen Untertanen gebieten können, sondern auch wirklich tief ins Privatrecht der letzteren eingegriffen haben.[2]) Es ist freilich richtig, daß die gleichzeitigen Papyrusurkunden, sofern sie von Peregrinen errichtet sind, nichts von Beobachtung dieser Vorschriften erkennen lassen[3]); trotz der ungenauen Fassung unseres Berichtes über den Senatsschluß wird man annehmen dürfen, daß letzterer, wenn er seine Vorschriften für publici vel privati iuris contractus aufstellt, nur römische Rechtsgeschäfte im Auge gehabt hat.[4]) Ebenso wie vom Senat auch in dieser Zeit Adoption, hereditas und legatum, überhaupt alle zivilen Materien, lediglich als Bestandteile des römischen Nationalrechtes behandelt werden[5]), können mit den „Verträgen des privaten und öffentlichen Rechts" lediglich römische Geschäftsformen gemeint sein, die vermöge des commercium, wie in unserem Falle, allerdings auch Peregrinen zugänglich waren. —

[1]) Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 298, Anm. 26.

[2]) Mitteis, Reichsrecht 119; Röm. Privatrecht 1, 301, Anm. 39.

[3]) Erman, Arch. 1, 74; Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 301, Anm. 39.

[4]) Dies meint wohl auch Plinius, historia naturalis 33, 1, 6: cum . . . nullosque omnino anulos maior pars gentium hominumque etiam, qui sub imperio nostro degunt, hodieque habeat: non signat Oriens aut Aegyptus, etiam nunc literis contenta solis.

[5]) So Wlassak, Röm. Prozeßgesetze 2, 175; nicht dagegen Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 69, Anm. 21.

VII.

Die patria potestas im Recht der Papyri.

Von

Herrn Dr. Rafael Taubenschlag,
Privatdozenten an der Universität Krakau.

Einleitung.

Die Lehre von der patria potestas im Recht der Papyri ist in der Literatur bisnun kaum gewürdigt worden. Was uns darüber vorliegt, ist eine Reihe von zerstreuten Erörterungen über einzelne Fragen[1]): es fehlt an einer monographischen Behandlung der gesamten Materie und diese zu bieten ist die Aufgabe vorliegender Untersuchung.

I. Die patria potestas im Volksrecht bis zur Constitutio Antonina.

Nach einem bekannten Ausspruch von Gaius I 55 haben unter den Völkerschaften des römischen Reichs eine der römischen patria potestas ähnliche Einrichtung nur noch die Galater besessen.[2]) So viele Zweifel und Bedenken dieser Ausspruch auch sonst erwecken mag[3]), für die Griechen und die Ägypter trifft er jedenfalls zu. Bei diesen ist die patria potestas — wenn man von einigen Überresten einer auch hier ursprünglich weiter reichenden Gewalt absieht[4]) — in

[1]) Vgl. Meyer, Klio VI 440; Wenger, Stellvertretung im Recht der Papyri (passim); Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 30, 643; 31, 393/5; 32, 378; 33, 643 und Grundzüge S. 208. 215. 274; Eger, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 31, 380; Lewald, daselbst 33, 631/4; Cuq, Un nouveau document sur l'apokeryxis (Extrait d. mém. de l'acad. des inscr. et belles lettres Bd. 39); Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien S. 79/80.

[2]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 209; v. Mayr, Rechtsgeschichte Bd. III S. 53.

[3]) Vgl. Girard, Manuel[5] S. 136 Anm. 1; Weiß, Krit. Vjschr. 52, 25.

[4]) Vgl. z.B. die Aussetzung des Kindes und die Vergabung in Dienstnutzung (worüber unten S. 185/6).

historischer Zeit nichts weiter als eine auf die Minderjährigkeit des Kindes beschränkte Vormundschaft.[1])

Die väterliche Gewalt entsteht regelmäßig sowohl bei den Griechen als auch bei den Ägyptern durch Zeugung in einer Ehe.[2]) Bei dem bekannten Gegensatz, der das enchorische Recht beherrscht, macht es keinen Unterschied, ob die Ehe in engraphischer oder agraphischer Form zustande gekommen ist.[3]) Das Band zwischen Vater und Kind ist bei der letzteren sogar ein viel stärkeres als bei der ersteren.[4])

Neben der Ehe spielt als Entstehungsgrund der patria potestas die Adoption eine gewisse Rolle.[5]) Die Papyri bezeichnen sie als *θέσις*[6]), den Adoptivsohn als „*θέσει υἱός*"

---

[1]) Dementsprechend heißt auch der Vater: *κύριος καὶ ἐπίτροπος κατὰ τοὺς νόμους* (vgl. BGU. III 907 (a. d. Zeit des Commodus) und dazu meine Vorm. Stud. S. 72. Für das attische Recht speziell vgl. Lipsius, Attisches Recht und Rechtsverfahren S. 500. Nicht verschwiegen darf dabei werden, daß in Oxy. 237, VIII 8 (in dem Gutachten des Juristen Ulpius Dionysodorus) die väterliche Gewalt als *ἐξουσία*, also mit demselben Terminus bezeichnet wird, der in den byzant. Quellen (vgl. Zachariae v. Lingental, Geschichte des griech.-röm. Rechts S. 106) zur Übersetzung der reichsrechtlichen patria potestas verwendet wird. Es heißt da nämlich: *Δ[ιον]υσία ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἐκδοθεῖσα [πρ]ὸς γάμον ἐν τῇ τοῦ π[α]τρὸς ἐξουσ[ίᾳ οὐ]κέτι γίνεται* (vgl. auch VII 29 [Ausführungen des Advokaten in einem Prozeß vor dem Präfekten Flavius Titianus]: *τὸν πατέρα μήτε τῆς προικὸς μηδὲ τῆς παιδὸς τῆς ἐκδεδομένης ἐξουσίαν ἔχειν*). Doch wird man wohl dabei an eine reichsrechtliche Beeinflussung zu denken haben.

[2]) Vgl. über die Ausdehnung der Paternität im ägypt. Recht im allgemeinen: Diodor I 80 und dazu Mommsen, Jur. Schr. I S. 448.

[3]) Vgl. darüber Mitteis, Grundz. S. 200 und über die Rechtsfolgen a. a. O. S. 208.

[4]) Vgl. darüber Mommsen a. a. O.

[5]) Über die Adoption im ägypt. Recht vgl. Arangio-Ruiz, Success. testam. S. 14/17; im griech. Recht: Lipsius a. a. O. S. 508; in den Papyri: Crönert in Wesselys Studien zur Paläogr. Bd. IV S. 102; nur nimmt letzterer irrtümlich an, daß *ἀνθ' οὗ* die Bezeichnung für Adoptivkind ist; vgl. dagegen Wilcken, Arch. f. Pap.-Forsch. III S. 124 und die Bem. d. Her. zu BGU. 1062.

[6]) Vgl. Oxy. I 46 (Z. 5); 502 (Z. 3, 33); 504 (Z. 7); 257 (Z. 43) ergänzt bei Oxy. 1266; 492 (Z. 23); 1123 (Z. 2); 1266 (Z. 31); Straßb. 4 (Z. 4). Ebenso wird auch die Adoption im attischen Recht bezeichnet, vgl. Lipsius a. a. O. S. 508 und besonders Fr. Bruck, Schenkung auf den Todesfall 65_{3} mit Literatur.

und stellen ihn dem natürlichen Sohn, dem „*φύσει υἱός*“ gegenüber.[1]) Die Möglichkeit der Adoption ist jedoch auf das männliche Geschlecht nicht beschränkt[2]); auch Frauen können in eine Familie hineinadoptiert werden.[3]) Über die Bedingungen aber, an welche dieser Akt sonst geknüpft ist, ist aus den Urkunden dieser Epoche nichts Näheres zu entnehmen.[4])

Viele Schwierigkeiten verursacht die Bestimmung des Lebensalters, mit welchem die patria potestas zu Ende geht. Sie hängt mit der in der Literatur bisnun ungelösten Frage[5]) nach dem Termin der Volljährigkeit im allgemeinen zusammen und es wird sich daher lohnen, dieselbe auf Grund des gesamten, von der Forschung zum Teil noch nicht berücksichtigten Materials zu untersuchen.

Zuvörderst eines: war in Ägypten der Volljährigkeitstermin überhaupt fest bestimmt? Die Urkunden, die uns darüber Aufschluß erteilen können, zerfallen in zwei Gruppen. Zur ersten gehören:

---

[1]) Vgl. Oxy. 1266 (a. 98 p. Chr.) (Z. 29) *καὶ ὀμνύω* (Z. 31) *μὴ ἐψεῦσθαι εἶναι δ' ἐμοῦ καὶ τῆς Θερμουθίου φύσ[ει υἱὸν τὸ]ν Πλουτίωνα καὶ μὴ θέ[σει μηδὲ ὑπ]όβλητον κτλ.* (ebenso Oxy. 257 (v. J. 94/5 p. Chr.) (Z. 40/3) so ergänzt b. diesem Pap.).

[2]) Adoptionen von Männern werden erwähnt: Oxy. I 46 (a. 100 p. Chr.) (Z. 5f.) *'Αρθ[ώ]θου πρεσβυτέρου Πετεαρβεβήκιος τοῦ 'Αρθώθου θέσει δὲ 'Αμπέῑδιος κτλ.* Oxy. 492 (a. 130 p. Chr.) (Z. 23) *Σαρ[απί]ων Φερέχφιος θέσει Πο[. . . . . .]*; Oxy. 502 (a. 164 p. Chr.) (Z. 6f.) *διὰ 'Ιουλᾶτος Διδύμου θέσει Δημητρίου τοῦ καὶ 'Απολλωνίου κτλ.*

[3]) Vgl. Oxy. 504 (2. Jh. n. Chr.) (Z. 7f.) *'Αφροδιτοῦς ἡ καὶ Δημαροῦς ἀπελευθέρα 'Επικράτους τοῦ καὶ 'Απίωνος 'Επικράτους καὶ θέσει θυγάτηρ αὐτοῦ καὶ τῆς γυναικὸς αὐτοῦ Θαήσιος τῆς καὶ Θαισοῦτος 'Ηρακλείδου*; Oxy. 1123 (a. 58/9 p. Chr.) (Z. 1f.) *'Απίων Σαραπίωνος τοῦ 'Ισχυρίωνος μη[τρὸ]ς 'Αμμωνοῦτος θέσει Βαλλάρου κτλ.* Straßb. 4 (Z. 4) *[θέ]σι θ[υ]γατράσ[ι] τοῦ τῆς εὐλαβοῦς μνήμης 'Ανουβίωνος.* Umgekehrt können auch Frauen adoptieren; vgl. Oxy. 583 (a. 119/20 p. Chr.) (descr.). Will of a woman leaving her property in the first instance to her husband Plution and in the second to his two sons who had been adopted by herself; vgl. damit: Lewald, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 33 S. 634 Anm. 2, der auf Grund Oxy. 1208 mit Berufung auf Euseb. hist. eccl. VI 2, 13 letztere Möglichkeit aussprach.

[4]) Vgl. über die Adoptionsformen im griech. Recht: Lipsius a. a. O. S. 509; Kohler-Ziebarth, Stadtrecht von Gortyn S. 117.

[5]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 236 Anm. 3; Mitteis, Grundz. S. 251.

Oxy. 247 (a. 90 p. Chr.) (Z. 10/13) *ἀδελ[φῷ] — προστ[ρ]έχοντι τῇ ἐννόμῳ ἡλικίᾳ.*

Oxy. 65 (a. 126/7 p. Chr.) (descr.) *τῆς κατὰ νόμους ἡλικίας.*

BGU. 86 (a. 155 p. Chr.) (= M. Chr. 36) (Z. 17/19) *καθίστηται — τοῖς ἀφήλιξι αὐτοῦ τέκνοις — ἐπίτροπον καὶ ἐπιτροπεύοντο αὐτῶν μέχρι ἐὰν ἐν τῇ νόμῳ ἡλικίᾳ γένωνται.*

Zur zweiten dagegen:

Lill. II 14. (a. 221 p. Chr.) (= M. Chr. 224) (Z. 4/5) *ἀνέπεισεν τὸν υἱόν μου Σώπολιν οὐδέπω ὄντα τῶν [ἐνηλίκω]ν.*

Gen. Nr. 21 (2. Jh. v. Chr.) (Z. 7/10) *καὶ ταύ[των ἀπογ]ενομένων πρὸ τοῦ ἐν ἡλικίαι γενέσθαι.*

Oxy. 273 (a. 95/3. p. Chr.) (= M. Chr. 223) (Z. 11/14) *Γαίᾳ τῇ Σαραπιάδι — οὐδέπω οὔσῃ ἐν ἡλικίᾳ.*

Oxy. 496 (a. 127 p. Chr.) (= M. Chr. 287) (Z. 12) *⟨τῶν⟩ τέκνων παρὰ τῇ μητρὶ διαιτ[ο]υμένων ἕως ἡλικίας γέ[ν]ωντ[αι].*

Oxy. 497 (2. Jh. p. Chr.) (Z. 13) *ἐπίτροποι τῶν τέκνων διαιτωμένων — μέχρι τοῦ εἰς ἡλικίαν ἐλθεῖν.*

BGU. 242 (Zeit des Kommodus) (= M. Chr. 116) (Z. 9/10) *τὸν τῆ[ς] γυναικός μου υἱὸν Πολυδεύκην ἀτελῆ ὄντα τὴν ἡλικίαν.*

Oxy. I 54 (a. 201 p. Chr.) (Z. 2—4) *καταδεοῦς* (sc. *ὄντος*) *τὴν ἡλικίαν.*

Oxy. 906 (2/3. Jh. p. Chr.) (Z. 5—7) *ὁ δὲ Δ[ι]ογένης καὶ ἐπιχορηγή[σ]ει ἀπὸ τοῦ νῦν τὰ [δ]έοντα τοῖς αὐτοῖς υἱοῖς αὐτῶν παρ' αὐτῷ διαιτωμέν[ο]ις ἄχρι ἡλικίας.*

Wie man sieht, sprechen die Urkunden entweder direkt von einer „gesetzlich" fixierten Volljährigkeit oder von einer Volljährigkeit schlechthin, aber in einer Weise, daß darunter doch nur ein fest bestimmter Termin verstanden werden kann. Die oben aufgeworfene Frage ist somit in bejahendem Sinne zu beantworten.

Für die Bestimmung des Zeitpunktes aber, um welchen dieser Termin gelegen war, ist zunächst BGU. 1068 (v. J. 101 p. Chr.) (= W. Chr. 62) zu beachten. In dieser, an den *βασιλικὸς γραμματεύς* gerichteten Todesanzeige wird der verstorbene Sohn als *ἀφῆλιξ — μήπω καταλήξας εἰς λαογραφίαν*

bezeichnet. Es wird somit von einem ἀφῆλιξ gesprochen, der noch nicht zur λαογραφία herangezogen, also unter 14 Jahre alt war.[1]) Die Bezeichnung desselben als μήπω καταλήξας εἰς λαογραφίαν legt nun, wie mir scheint, die Annahme nahe, daß es neben solchen noch andere ἀφήλικες gab, die bereits der λαογραφία unterlagen, somit das 14. Lebensjahr überschritten haben[2]); andernfalls müßte man das Vorliegen einer reinen Tautologie annehmen. Die Urkunde scheint mir also darauf hinzudeuten, daß die Volljährigkeit mit dem 14. Lebensjahr, wie es mehrfach in der Literatur angenommen wurde[3]), noch nicht eintrat.[4])

Der Volljährigkeitstermin dürfte somit nicht schon mit Vollendung des 14. Lebensjahres, sondern erst später eingetreten sein. Wie weit in dieser Richtung hinaufgegangen werden darf, darüber belehren uns Fay 97 (a. 78 p. Chr.) (= M. Chr. 315) und BGU. 1014 (138 p. Chr.). In der ersten empfängt ein gewisser Ὀνῶφρις ὡς ἐτῶ(ν) δέκα ὀκτώ eine Quittung über 20 Silberdrachmen, welche er seinem Bruder kraft einer elterlichen Teilung bezahlt hat, und zwar handelt es sich um eine bare Zahlung διὰ χιρὸς ἐξ οἴκου, so daß Onophris über das Geld verfügt hat. Und in der zweiten erklärt [Ἁ]ρμάις ὡς ἐτῶν δέκα ὀκτώ, ein Darlehen erhalten zu haben. Beidemal ist weder der eine noch der andere Achtzehnjährige durch einen Vormund unterstützt worden.

---

[1]) So auch Wilcken a. a. O. Anm. zu (Z.) 7.

[2]) Eine treffliche Analogie bietet hierzu BGU. I 258, 9. Wie Otto, Priester und Tempel im hellen. Ägypten Bd. I S. 215 ausführt, werden hier als ἱερεῖς ἀφήλικες ἀνεικόνιστοι die Priester bezeichnet, die bereits mannbar sind, die jedoch noch nicht aus der Liste der ἱερεῖς ἀφήλικες in die der ἱερεῖς übertragen wurden. Auch hier werden somit die 14 Jahre alt gewordenen — denn die Mannbarkeit fällt gerade in dieses Alter (vgl. Otto a. a. O. S. 211) — noch immer als ἀφήλικες bezeichnet.

[3]) Vgl. Grenfell-Hunt zu Oxy. 247 (z. 12); Meyer, Arch. III S. 94 Anm. 1; Weiß, Arch. IV S. 176 Anm. 3; Wilcken, Chrest. S. 168.

[4]) Wohl handelt es sich hier um einen Juden (über ihre Rechtsstellung und ihr Verhältnis zur λαογραφία vgl. Wilcken, Grundz. S. 63), aber der Umstand, daß wir, wie unten ausgeführt wird, bei einer anderen Bevölkerungsschicht, den Πέρσαι τ. ε., die Volljährigkeit nicht einmal bei vollendetem 18. Lebensjahr antreffen, gestattet uns wohl, dieses Resultat zu verallgemeinern.

Nun besteht freilich die bei Untersuchungen über personenrechtliche Fragen im Gebiet der griechischen Papyrusurkunden fast immer auftauchende Schwierigkeit, daß die Nationalität der Parteien, von der das anzuwendende Recht abhängt, nicht zu ermitteln ist; die bloßen Namen Onophris und Harmais gestatten keine sichere Entscheidung darüber, ob diese Personen Ägypter oder Griechen sind.[1]) Wären sie Griechen, so ergäbe sich unter Heranziehung von BGU. 1068, daß der Volljährigkeitstermin später als in das 14., aber nicht später als in das 18. Lebensjahr fiele. In Athen und Gortyn[2]) ist es das 18., im außerägyptischen Hellenismus das 20. Lebensjahr[3]); hinter das 18. wird, soviel wir sehen, nirgends zurückgegangen[4]) und dies würde die Annahme nahelegen, daß es auch in Ägypten nicht anders gewesen sei.

Mit dieser Hypothese steht auf den ersten Blick BGU. 996 (107 v. Chr.) in Widerspruch.[5]) In dieser Urkunde lesen wir Kol. 2 (Z. 9f.) *'Απέδοτοτο* (l. *ἀπέδοντο*) *Σαλῆς Πατσεῦτος Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς ὡς* (*ἐτῶν*) *ιη* — *καὶ Τανεμιεὺς Πατσεοῦτος Περσίνη ὡς* (*ἐτῶν*) *κε μετὰ κυρίου ἀμφοτέρων Παaμήνιος*. Sie handelt somit von einem Rechtsgeschäfte, welches derselben Gruppe wie BGU. 1014 angehört — beide sind Verpflichtungsgeschäfte —, der Achtzehnjährige verkauft jedoch unter Assistenz eines Vormundes. Der Widerspruch zwischen den beiden Urkunden erklärt sich aber leicht, wenn wir die Nationalität der darin auftretenden Parteien in Betracht ziehen. In BGU. 1014 ist es ein Grieche oder Ägypter, in BGU. 996 ein *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*, somit ein Angehöriger jener Personenklasse, für die auch auf einem anderen Gebiete besondere Bestimmungen gelten.[6]) Wir haben es hier somit vielleicht mit einem Sonderrecht für die *Πέρσαι*

[1]) Über die Unsicherheit des Rückschlusses aus dem Namen auf die Nationalität der Parteien vgl. Wilcken, Grundz. S. 23.

[2]) Vgl. Lipsius a. a. O. S. 282; Kohler-Ziebarth a. a. O. S. 57. 106.

[3]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 225 Anm. 4 und die dort zit. Quellen.

[4]) In einer von Talheim, Rechtsaltertümer [4] S. 13 Anm. 4 zitierten lakonischen Inschrift (IGA. 68) (C. [2]10) wird der Volljährigkeitstermin auf fünf Jahre nach der Mannbarkeit bestimmt.

[5]) Vgl. zu dieser Urkunde: Wenger, Stellv. S. 175.

[6]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 46.

τῆς ἐπιγονῆς zu tun, laut dessen sie im Gegensatz zu den Griechen oder Ägyptern in ihrem 18. Lebensjahr noch immer unter Vormundschaft stehen, aus der sie jedoch, wie BGU. 232 (108 n. Chr.)[1]) zeigt, vor dem 21. — vielleicht mit dem 20. Lebensjahr — heraustreten.[2])

Auch an den bekannten Urkunden Oxy. 491[3]) (a. 126 p. Chr.) (= M. Chr. 304), Oxy. 487[4]) (a. 156 p. Chr.) und Oxy. 495[5]) (a. 181/9 p. Chr.) darf man in dieser Beziehung keinen Anstoß nehmen. In diesen bestimmt der Testator, daß die Vormundschaft bis zum 20. bzw. 25. Lebensjahr dauern soll. Während also in den früher zitierten Urkunden als Zeitpunkt der Beendigung der Tutel die „gesetzliche" Volljährigkeit oder die Volljährigkeit schlechthin genannt wird, wird hier ein zahlenmäßig bestimmtes Alter angegeben, welches augenscheinlich mit dem gesetzlichen Volljährigkeitstermin nicht zusammenfällt.[6]) Demnach trat die ge-

---

[1]) Es ist dies ein verstümmelter Vertrag, dessen Anfang nur erhalten ist. (Z. 2f.) *Ὁμ[ολογεῖ] Ἀπολλώνιος Ἀπολλωνίου Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς ὡς (ἐτῶν) κα* und zwar ohne Vormund.

[2]) Damit hängt die Frage zusammen, wann die Frau von der Gewalt des *ἐπίτροπος* in die eines *κύριος* übergeht. Bezeichnend ist das Testament BGU. 896 (Zeit des Marcus und Verus), wo die testamentarische Vormundsbestellung dauern soll (Z. 3) *ἄχρις ἂν τέλεια γένηται* (vgl. dazu Wenger, Stellv. S. 237 Anm. 3). Doch ist dies wohl so zu verstehen: bis sie heiratet. Über eine analoge Gestaltung in nachant. Zeit vgl. S. 213 [1].

[3]) Z. 8/9 [*Ἐὰν δὲ*] *τελευτήσω οὐδέπω πεπληρωκώτων τῶν αὐτῶν Ὥρου καὶ Εὐδαίμον*[ο]*ς ἔτη εἴκοσι εἶναι τούτων ἑκατέρου ἄ*[*χρι πλ*]*ηρώση ἔτη εἴκοσι τόν τε ἀδελφὸν α*[*ὐ*]*τῶν Θῶν*[*ι*]*ν καὶ τὸ*[*ν κατὰ μητέρ*]*α πάππον Ἁρπαῆσιν τὸν καὶ Ὧρ*[ο]*ν Θώνιος*, vgl. jedoch (Z. 15/6) *ἄχρι ἑκάτερ*[*ος πληρώση ἔτη εἴκοσι*] *πέντε μέχρι δὲ τότε εἶναι αὐτῶν ἐπίτροπον τὸν Θῶνιν κτλ.* Über diesen Widerspruch vgl. Mitteis, Chrest. S. 345 und die dort gegebene Erklärung.

[4]) (Z. 5/7) *ἐπέ*[*δ*]*ωκέ με εἰς ἐπιτροπὴν ἀφηλίκ*[*ω*]*ν υ*[*ἱ*]*ῶν Δ*[*ι*]*ονυσίου Δωρίωνος ὄντας* [*ὡ*]*ς αἰτῶν* (l. *ὄντων* [*ὡ*]*ς ἐτῶν*) [*ε*]*ἴκοσι πέντε.* Hier möchte Mitteis, Grundz. S. 251 Anm. 4 ein Schreiberversehen (*ιε* statt *κε*) annehmen, was m. E. nicht richtig ist: denn wenn auch der Volljährigkeitstermin durch den Testator hinausgeschoben (vgl. den Text), so dürfte er kaum herabgekürzt werden können.

[5]) (Z. 10) *παρ' ἑαυτῇ διαιτώμενον μέχρι οὗ γένηται ἐτῶν εἴκοσι.*

[6]) Wenn die *ἡλικία* mit dem 20. Lebensjahr zusammenfiele, so hätte er es nicht notwendig gehabt, sie in Ziffern zu fixieren: es würde genügen, ebenso wie in BGU. 86 und anderen Urkunden, allgemein auf die *ἡλικία* als Volljährigkeitstermin zu verweisen.

setzliche Volljährigkeit bei einem Jüngling nur dann ein, wenn der Vater keine anderweitige Bestimmung getroffen hat.[1]) Ebenso konnte die Vormundschaft durch eine Verfügung der Behörden verlängert werden. Ein Beispiel hierfür bietet Oxy. 898 (a. 123 p. Chr.), wo der Beschwerdeführer erzählt (Z. 26f.) *καίτοι Φιλονίκου τοῦ στρα(τηγοῦ) καθ' ὑπομνηματισμοὺς κρείναντος ἕτερόν μου ἐπίτροπον κατασταθῆναι οὐ πιστεύοντος οὔτε αὐτῇ οὔτε τῇ ἡλικίᾳ μου*: daß also der Stratege ihm einen Vormund bestellte, weil er zu seiner Volljährigkeit kein Vertrauen hatte.[2]) Ob aber die väterliche Gewalt durch eine solche Verfügung auch verlängert werden konnte, ist aus den Urkunden nicht ersichtlich.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die väterliche Gewalt ebenso wie jede andere Vormundschaft bei den Griechen und den Ägyptern vermutlich mit dem 18., bei den *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* vermutlich mit dem 20. Lebensjahr zu Ende ging und wir fragen nun, welche weitere Erlöschungsgründe dem gräko-ägyptischen Recht bekannt waren. Für das griechische Recht[3]) kommt neben dem Alter noch die Apokeryxis in Betracht; in den Urkunden dieser Epoche ist uns bisher indes eine solche nicht begegnet. —

---

[1]) Dies dürfte jedoch trotz der drei Oxy-.Urkunden selten vorgekommen sein, denn in den Papyri sind die Fälle, wo ein 19 oder 20jähriger selbständig handelt, Regel; für den 19jahrigen vgl. Tebt. II 393 (a. 150 n. Chr.) (Z. 1) *ὁμολογεῖ Νεῖλος* — (Z. 6/7) *ὑ[δρο]φύλ[ακι] [ὡς ἐ]τῶν δεκαενν[έ]α* — *συνκ[εχωρ]ηκέναι*. Auf 20jährige haben folgende Urkunden Bezug: Leid. N (103 v. Chr.) Kauf; Lond. III 1166 (S. 104) (a. 42 p. Chr.) Lieferungsgeschäft; Lond. II 154 (S. 178) (a. 63 p. Chr.) (=M. Chr. 255) Kauf; Amh. 110 (a. 75 p. Chr.) Rückzahlung eines Darlehens; BGU. 350 (Zeit des Trajan) Kauf; Oxy. 722 (a. 91 oder 107) Emanzipation eines Sklaven; Amh. 111 (a. 132 p. Chr.) Rückzahlung eines Darlehens; CPR. 26 (Zeit des Hadrian) Heiratsvertrag; Lond. II 303 (S. 195) (a. 142 p. Chr.) (= M. Chr. 160) Kauf; Goodsp. 3 (143 n. Chr.) (= Preis. Sammelbuch Nr. 4414) Abtretung von Ackerland; BGU. 446 (a. 158/9 p. Chr.) Kauf; BGU. 514 (172 n. Chr.) Darlehen; CPR. 29 (184 n. Chr.) Heiratsvertrag. In CPR. 202 (Z. 9f.) (aus der Zeit Mark Aurels) heißt es zwar in einem Kaufvertrag *ὡς ἐτῶν εἴκοσι με[τὰ κυρίου]*, doch dürfte sich dies auf eine unter Geschlechtsvormundschaft stehende Frau beziehen. Ebenso auch Rein 42 (1/2. Jh. n. Chr.), ein Kauf (?), wo eine 20jährige (?) *μετ[ὰ . . .* handelnd erwähnt wird.

[2]) Vgl. zu dieser Urkunde: meine Vorm. Stud. S. 35 Anm. 34.

[3]) Vgl. Lipsius a. a. O. S. 502.

Und nun zu den Rechten und Pflichten des Vaters! Im attischen Recht gibt die Sitte dem Vater das Recht der Entscheidung, ob er das Kind aussetzen will oder nicht.[1]) Diese Sitte, welche auch für andere Gebiete des griechischen Rechts[2]) bezeugt ist, wird für Ägypten außer durch BGU. 1104 (10 v. Chr.), wo es (Z. 23/4) heißt: *καὶ ἐξεῖναι αὐτῇ μησ . . . . . . εα τῆς τὸ βρέφος ἐκτίθεσθαι*, noch durch einen sehr charakteristischen Brief, der in Oxy. IV 744 (v. J. 1 v. Chr.) (=Witkowski: Epistulae [2] Nr. 72) vorliegt, illustriert.[3]) Der Schreiber dieses Briefes wendet sich zunächst an seine Frau mit der Bitte: *ἐρωτῶ σε καὶ παρακαλῶ σε, ἐπιμελήθι τῷ παιδίῳ καὶ ἐὰν εὐθὺς ὀψώνιον λάβωμεν ἀποστελῶ σε ἄνω*, fährt aber dann fort: *ἐὰν πολλαπολλῶν τέκης, ἐὰν ἦν ἄρσενον, ἄφες, ἐὰν ἦν θήλεα, ἔκβαλε.* Die Frau soll somit, wenn sie mit einem Knaben niederkommt, ihn „aufheben", wenn es aber ein Mädchen ist, es aussetzen. Auf den seltsamen Kontrast zwischen der Liebe des Schreibers zu seinem Töchterchen und dem Befehl, falls ihm wieder eines geboren wird, es auszusetzen, hat bereits von Wilamowitz[4]) hingewiesen; mehr als dies beansprucht unser Interesse der Umstand, daß die Aussetzung nur gegenüber einer Person weiblichen Geschlechtes geübt wird[5]), eine Praxis, die, wie Apul. Met. 10. 23 zeigt[6]), in einer sogar

[1]) Über die Auffassung dieses Rechts als eines Restes der alten Gewalt vgl. Lipsius a. a. O. S. 500.

[2]) Vgl. Kohler-Ziebarth a. a. O. S. 79.

[3]) Vgl. die von Witkowski a. a. O. Anm. 10 zitierte Literatur.

[4]) Vgl. Gött. Gel. Anz. 1904 S. 661.

[5]) Vgl. dazu Deißman, Licht vom Osten S. 108.

[6]) (ed. Helm). Maritum habuit, cuius pater peregre proficiscens mandavit uxori suae, matri eiusdem iuvenis — quod enim sarcina praegnationis oneratam eam relinquebat, ut si sexus sequioris edidisset fetum, protinus quod esset editum necaretur at illa — prodidit vicinis alumnandam, regressoque marito iam natam necatamque nunciavit. Hier gebietet also ein Mann, der beim Antritte einer Reise seine Gattin in Hoffnung zurückläßt, wenn sie ein Mädchen zur Welt bringt, es sofort zu töten. Über das Verhältnis der Aussetzung zur Tötung vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 361 f. — Dem griechischen Rechtskreis wird vielleicht auch eine bisher unbeachtete Stelle von Scaevola D. 40, 4, 29 (23 lib. dig.) gehören: Uxorem praegnantem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit etc.

viel stärkeren Form auch auf anderen Gebieten hellenistischen Rechts begegnet.

Neben dieser steht dem Vater die Befugnis zu, seinen minderjährigen Sohn in Dienstnutzung zu übergeben. Ein Beispiel dafür bietet zunächst Flor. 44 (158 n. Chr.).[1]) Es handelt sich in dieser Urkunde um ein Darlehen, wobei die Schuldner der Gläubigerin anstatt der Zinsen die Dienste ihres Sohnes zu leisten versprechen (Z. 16f.) *[ἀ]ντὶ δὲ τῶν τούτων τόκων κα[ὶ τρο]φῶν καὶ [ἱ]ματισμοῦ παρέξου[σι] [τὸ]ν ἑαυτῶν υἱὸν Σαραπάμμωνα [ὡς (ἐτῶν) x(?)] [παρ]αμένοντα τῷ [Δ]ημητρ[ί]ῳ κ[αὶ ποι]οῦντα τὰ ἐπιτασσόμενα αὐτ[ῷ] κτλ.* Ein weiteres Beispiel dieser Art liegt in BGU. IV 1154 (17 v. Chr.)[2]) vor. Auch hier war, wie (Z. 17f.) zeigen: *καὶ εἶναι ἀκύρο[υ]ς ἀμφοτέρας τὰς συγχωρήσεις καὶ τὰς [γ]ενηθεί[σ]ας κατ' αὐτὰς διαγραφὰς διὰ τῆς Ζωίλου τραπέζης σὺν τῇ διὰ τῆ[ς] τῶν ἑκατὸν δραχμῶν συνχωρήσεως σημανθείσηι παραμονῇ τοῦ Διδύμου καὶ Θεοδότης υἱοῦ Διδύμου*, eine *παραμονή* des Sohnes vereinbart worden. Ebenso dürfte BGU. IV 1124[3]) (a. 18 v. Chr.) in diesen Zusammenhang gehören. Es wird hier eine *συγχώρησις* für ungültig erklärt, die einen Darlehensvertrag und Bestimmungen über das *ἐγδιδάσκειν* der *ἡλοκοπικὴ τέχνη* des minderjährigen Sohnes des Schuldners enthielt, wobei mit der Rückzahlung des Darlehens auch das Lehrverhältnis aufgehoben wird. Aus dem letzteren Umstand zieht nun Lewald mit Recht den Schluß, daß diesem Lehrvertrag nur eine akzessorische Bedeutung zukam, und daß sein prinzipaler Zweck dahin ging, dem Gläubiger *ἀντὶ τόκων* die Dienste seines Sohnes zu gewähren.[4]) Anders als in den drei genannten liegt jedoch die Sache in Oxy. 275 (a. 66 p. Chr.) (= W. Chr. 324).[5]) In diesem Vertrag gibt der Vater seinen Sohn einem Weber in die Lehre und wenn auch da von den vom Sohne zu leistenden Dienstleistungen die Rede ist (Z. 9f.) *διακονοῦ[ν]τα καὶ ποιο[ῦ]ντα*

---

[1]) Vgl. zu dieser Urkunde Lewald, Personalexekution S. 15; Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung S. 27.

[2]) Vgl. dazu Lewald a. a. O. S. 16/7.

[3]) Vgl. dazu Lewald a. a. O. S. 18/9.

[4]) Vgl. Lewald a. a. O. S. 18/9.

[5]) Vgl. Berger, Strafklauseln S. 169.

πάντα τὰ ἐπιτασσόμενα αὐτῷ ὑπὸ τοῦ Πτολεμαίου κατὰ τὴν γερδιακὴν τέχνην, so bilden sie doch nur ein Mittel zum Zweck, keineswegs den Zweck selbst. Der Zweck des Vertrages ist vielmehr das Erlernen des Gewerbes und mit Recht hat man daher diesen als Lehrlings-, jene als Darlehensverträge mit antichretischen Dienstleistungen bezeichnet.[1])

Als eine weitere Äußerung der väterlichen Gewalt wird in den Quellen das Recht des Vaters, seinen minderjährigen Kindern einen Vormund zu bestellen, erwähnt.[2]) Dies kann entweder kraft Testaments oder durch einen Ehekontrakt der Eltern geschehen.[3]) Die Wahl der Vormünder, ebenso wie ihre Zahl, ist dabei völlig in das Ermessen des Vaters gestellt.[4])

Viel weiter reichen die Rechte des Vaters über die Tochter. Nach den griechischen Ehekontrakten erscheint nämlich die Tochter als Objekt, welches vom Vater in die Ehe gegeben wird.[5]) So lesen wir z. B. in Eleph. 1 (311 a. Chr.) (Z. 2f.) *λαμβάνει Ἡρακλείδης Δημητρίαν Κώιαν γυναῖκα γνησίαν παρὰ τοῦ πατρός* und ebenso heißt es in Oxy. 496 (a. 127 p. Chr.) (Z. 2f.) *ἐξέδοτο Σαραπίων Σαραπίωνος . . . . τὴν ἑαυτοῦ θυγατέρα . . . . . Σαραπίωνι Εὐδαίμονος*. Es entspricht dies dem gemein-griechischen Recht, wo die Eheschließung in der Form einer *ἐγγύησις*, d. i. eines Vertrages zwischen dem Bewerber um ein Mädchen und ihrem Vater zustande kommt.[6]) Eine Ausnahme bildet nur Giss. 2 (Z. 8) (v. J. 173 v. Chr.), wo die Frau selbst bei Lebzeiten des

---

[1]) Man darf jedoch nicht vergessen, daß die Schuldner auch ihre Brüder auf diese Weise in Dienstnutzung übergeben (vgl. z. B. Tebt. II 384) (a. 10 p. Chr.). Es kann wohl vermutet werden, daß sie es als Vormünder, denen das gleiche Recht wie dem Vater zusteht, tun. So wird PER. 6014 (vgl. dazu Lewald a. a. O. S. 14) zu erklären sein.

[2]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 253.

[3]) Vgl. Mitteis a. a. O.

[4]) Ein anderes Recht des Vaters: das Recht, seinen minderjährigen Sohn in eine fremde Familie hineinadoptieren zu lassen, folgt aus dem auf S. 178f. Gesagten; über das Verwaltungsrecht des Kindesvermögens vgl. dagegen unten S. 199 $_1$.

[5]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 215/6.

[6]) Vgl. Lipsius a. a. O. S. 469.

Vaters das *ἐκδιδόναι ἑαυτήν* vollzieht; doch dürfte hier, wie Mitteis mit Recht vermutet[1]), eine Eigentümlichkeit des makedonischen Rechtes — die Frau ist nämlich makedonischen Stammes — gegenüber dem gemein-griechischen vorliegen.[2])

Viel bestrittener ist eine andere, dem enchorischen Recht angehörige Befugnis des Vaters. Nach dem in Oxy. 237 Kol. VII (Z. 12) zitierten Landesgesetz[3]), welches die römische Praxis unberührt ließ (vgl. das Responsum des Juristen Ulpius Dionysodorus Kol. VIII (Z. 4—6), steht dem Vater das Recht zu, die Ehe einer aus einem *ἄγραφος γάμος* stammenden und wieder in einem *ἄγραφος γάμος* verehelichten Tochter beliebig aufzulösen. Dagegen hat die römische Praxis und zwar anscheinend im Gegensatz zum enchorischen Recht ihm diese Befugnis in bezug auf die aus einem *ἄγραφος γάμος* stammende, in einem *ἔγγραφος γάμος* lebende und die aus einem *ἔγγραφος γάμος* ebenfalls in einem *ἔγγραφος γάμος* lebende Tochter benommen. Das Prinzip, durch welches sie sich dabei leiten ließ, ist leicht aufzudecken. Es ist

---

[1]) A. a. O. S. 216; andere Vermutungen bei Kornemann, P. Giss. S. 6f.

[2]) Es dürfte hier der Platz sein, die Frage zu berühren, mit welchem Jahre die Frau heiratsfähig wird. BGU. 537 (159/60 p. Chr.) ist die Frau 10 Jahre alt (Z. 12f.) *Εἰμὶ δὲ ὁ προγεγρ(αμμένος) Ἀ[τρῆς] κ[ε] ἄσημος καὶ τὴν γυ[ναῖκ]ά μου Ἰσάριον ἀπάτωρ* (sic!) *[μητρὸς Τ]ανεφρεμμέως [τῆς Πανομιέως (ἐτῶν) ι]*; ebenso in BGU. 90 (160/1 p. Chr.) (Z. 12) *τὴ[ν] γυναῖκα μ[ο]υ . . . . . . (ἐτῶν) ι.* In BGU. 183 (85 p. Chr.) und 577 (a. 201/2 p. Chr.) war die Mutter bei ihrer Verheiratung 12 Jahre alt. Das 13. Lebensjahr begegnet uns z. B. in BGU. 224 (a. 159/60 p. Chr.). In CPR. 24 (vgl. Mitteis a. a. O. S. 123) finden wir eine 27jährige Brautmutter. — Was die Heiratsfähigkeit des Mannes anbelangt, so könnte für ein sehr frühes Alter Oxy. 250 (a. 61 p. Chr.) (Z. 30) *ἐτῶν ιζ* sprechen, „if as is the natural interpretation, this is the age of the writer of the *ἀπογραφή*, the date of which is approximately a. D. 61, he was only nine or ten eyars old, when his marriage, which is mentionned in l. m. 18 took place"; doch dürfte hier trotz allem m. E. ein Schreiberversehen vorliegen. Vgl. sonst zur Frage: Wessely, Wiener Sitzungsbericht 1891 S. 65. Das gewöhnliche Alter, in dem der Mann heiratet, ist 18, vgl. BGU. 138 (Vater *οβ*, Sohn *μγ* alt), oder 20 (vgl. CPR. 24. 26). Dies entspricht auch dem attischen Recht (vgl. Lipsius a. a. O. S. 481), wo kein Bürger eine Ehe vor dem 18. Lebensjahre schließen darf.

[3]) Vgl. dazu Mitteis, Arch. I S. 344 und Grundz. S. 208.

bekannt, daß beim *ἄγραφος γάμος* der Mann nicht *κύριος* der Frau wird[1]), dieser vielmehr der Vater verbleibt. Die römische Praxis verfolgte nun den Grundsatz, jenes Recht dem Vater nur dort zu belassen, wo er, wie in dem erstbesprochenen Falle, durch die Ehe des Kindes seiner väterlichen Gewalt nicht verlustig geht. Es ist dies somit dasselbe Prinzip, welches im römischen Recht für die Ehen ohne manus gilt.[2]) Und daher scheint es mir sehr wahrscheinlich, daß auch bei der letzten hier möglichen Kombination, über die sich der Papyrus übrigens ziemlich unklar äußert[3]), bei einer aus einem *ἔγγραφος γάμος* in einem *ἄγραφος γάμος* verheirateten Tochter ihm diese Befugnis ebenfalls nicht abgesprochen wurde.

Diesen Rechten entsprechen auch gewisse Pflichten.[4]) Die wichtigste von ihnen ist die Pflicht zur Alimentation des Kindes. Eine Illustration dazu bietet zunächst der obenerwähnte Lehrlingsvertrag, Oxy. II 275 (a. 66 p. Chr.), wo der Vater die Verpflichtung übernimmt (Z. 14/17) *τοῦ παιδὸς τρεφομένου καὶ ἱματι{σ}ζομένου ἐπὶ τὸν ὅλον χρόνον ὑπὸ τοῦ πατρὸς Τρύφωνος πρὸς ὃν καὶ εἶναι τὰ δημόσια πάντα τοῦ παιδός*: somit sämtliche Unterhaltskosten des Sohnes zu tragen. Dem entspricht es auch, wenn bei Scheidungen Bestimmungen über die Alimentierung der Kinder getroffen (vgl. z. B. Oxy. 906 (II/I. Jh.) (Z. 5f.) *ὁ δὲ Διογένης καὶ ἐπιχορηγή[σ]ει ἀπὸ τοῦ νῦν τὰ [δ]έοντα τοῖς αὐτοῖς υἱοῖς αὐτῶν διαιτωμέν[ο]ις ἄχρι ἡλικίας*), oder wenn in den Testamenten die Verabreichung derselben an die Kinder aufgetragen wird

---

[1]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 208 Anm. 1. Daß die Frau in BGU. 1084, die mit ihrem Mann im *ἄγραφος γάμος* lebt, zur *ἀπογραφή* ihres aus dieser Ehe stammenden Kindes vom Prytanen einen *κύριος* erbittet, hat gewiß darin seinen Grund, daß ihr Vater nicht mehr lebt.

[2]) Vgl. Girard a. a. O. S. 162.

[3]) Vgl. Mitteis, Arch. I S. 344.

[4]) Wir übergehen hier die Pflicht der Eltern zur Bestattung ihrer Kinder, da diese eine religiöse ist. Vgl. den Fluch der Artemisia in Preisigkes Sammelbuch Nr. 5103, wo Artemisia von dem Vater ihrer Kinder so sehr vernachlässigt, daß er selbst um das Begräbnis seiner Töchter sich nicht kümmert, bei Oserapis und dessen *σύνναοι θεοί* klagt und ihm flucht. Eine Parallele dazu bietet P. Cairo dem. 31045 und dazu Wilcken, Arch. V 229.

(vgl. z. B. Oxy. 494 (Z. 16) *ἡ δ' αὐτὴ γύνη μου χορηγήσει τῷ υἱῷ μου Δείῳ εἰς δ[ι]α[τρο]φὴν αὐτοῦ καὶ τὴν ἄλλην δαπάνην*).[1]) Worauf aber diese Pflicht zurückging, ob direkt auf eine gesetzliche Bestimmung oder nur auf die Sitte, darüber läßt sich aus den Quellen nichts Näheres entnehmen.[2])

Wir gehen nunmehr zur Behandlung der Rechtsstellung des Haussohnes auf den verschiedenen Gebieten des Rechts, im Verwaltungs-, Prozeß-, Privat- und Strafrecht über. Zum Ausgangspunkt der Untersuchung wollen wir dabei das Verwaltungsrecht nehmen.

Wie das moderne, legt auch das antike Verwaltungs-

[1]) Auf diese Alimentierungspflicht haben außer den im Text erwähnten Urkunden noch folgende Bezug. Oxy. III 531 (a. d. 2. Jh. n. Chr.) (= W. Chr. 482), wo der Vater an seinen Sohn schreibt (Z. 20f.) *ἕως πρός σε ἔλθῃ 'Ανουβᾶς ἀπὸ τοῦ σοῦ χαλκοῦ τὸ ὀψώνιον σου καὶ τῶν σῶν ἐξοδίασον, ἕως πέμψω*: er solle somit, bis ein Abgesandter von ihm mit Geld ankommt, sich aus seinen eigenen Mitteln erhalten, womit der Vater augenscheinlich seine Alimentierungspflicht sogar im Falle anerkennt, wo der Sohn eigenes Vermögen besitzt. Vgl. ferner BGU. 814 (3. Jh. n. Chr.), wo der Sohn sich über seinen Vater beschwert (Z. 19f.) *ὁ πατήρ μου πρὸς ἐμὲ ἐλθ . . . . . . οὐκ ἔδωκ[εν μο]ι ὀβολὸν οὐ βύρρον οὐκ οὐδὲν ἀλλὰ πάντες καταγελῶσι μοι, ὅτι ὁ πατήρ αὐτοῦ στρατεύεται, οὐδὲν αὐτῷ δέδ[ω]κε κτλ.* Über den in diesen Zusammenhang ebenfalls gehörenden Oxy. IV 744 haben wir schon oben (S. 185) das Notwendige gesagt. — Die Obsorge des Vaters um das Kind im allgemeinen spiegelt sich dagegen in Par. 18 (einem Familienbrief a. d. 2/3. Jh.) wieder (Z. 4) *Μὴ ἀμελήσις* (l. *ἀμελήσῃς*) *τῳ υἱῷ μου.* Tebt. 408 (3. Jh. p. Chr.) (Z. 3f.) *ἐπιστάμενος πῶς σε τίθεμαι καὶ φιλῶ παρακαλῶ σε περὶ υἱῶν μου τῆι φιλοστοργίᾳ τῶν περὶ Σωτήριχον μὴ ἐᾶσαι πυρὸν αὐτοῖς δοθῆναι κτλ.*

[2]) Eine andere Bewandtnis hat es mit der Erziehung des Kindes. Vgl. zur Frage Wilcken, Grundz. S. 137f. Eine Pflicht dazu hat es, wie die große Masse der Analphabeten zeigt, hier sicher nicht gegeben. Damit wird es zusammenhängen, daß der Sohn in BGU. 423 (2. Jh. n. Chr.) (= W. Chr. 480) dem Vater dankt (Z. 15) *ὅτι με ἐπαίδευσας καλῶς*: daß er ihm eine gute Erziehung angedeihen ließ, oder wenn in einem Heiratsvertrag Oxy. 265 (a. 81—95 p. Chr.) der Vater die Verpflichtung übernimmt, den Kindern (Z. 24f.) *[τὴν πρέ]πουσαν ἐλευθέροις παισὶ παιδείαν* zuteil werden zu lassen. Übrigens scheint die Frage der Erziehung in den Händen der Mutter gelegen zu haben. Vgl. z. B. Oxy. VI 930 (2/3. Jh.) (= W. Chr. 138), wo eine Mutter ihren Sohn ermahnt, sich nach einem Lehrer umzuschauen, oder Lond. I Nr. 43 (2. Jh. n. Chr.) (= W. Chr. 136), wo sie ihn wiederum beglückwünscht, daß er demotisch lerne. Vgl. über die Frage der Stellung der Mutter in der Erziehung nach den testament. Bestimmungen Weiß, Arch. IV 74.

recht dem einzelnen eine Reihe von Pflichten auf, von denen die Steuer-, Fron- und Liturgiepflicht die wichtigsten sind. Mit der ersten kommt der Ägypter mit seinem 14. Lebensjahr in Berührung, indem er zur *λαογραφία* herangezogen wird.[1]) Der Grieche ist davon frei. Für ihn eröffnet sich in derselben Zeit die Möglichkeit, durch Eintritt in den Demos am politischen Leben teilzunehmen.[2]) Ob in demselben Jahre für den Ägypter auch die Fronpflicht, von der der Grieche ebenfalls befreit war[3]), begann, ist nicht ersichtlich. In der großen Abrechnungsliste über Fronarbeiten a. d. 3. Jh. v. Chr.: Par. 66 (= W. Chr. 385) werden in (Z. 23) zwar als Fronpflichtige auch *νεώτεροι*[4]) bezeichnet, aber wir wissen nicht, wer darunter gemeint sein kann. In römischer Zeit dürften vielleicht auch Vierzehnjährige dazu herangezogen worden sein, wofür die Analogie mit den Bestimmungen der lex col. Gen. c. 98 sprechen würde.[5]) Ebenso

[1]) Die *λαογραφία*-Steuer dürfte aus der Zeit des Augustus herrühren. Vgl. Wilcken, Grundz. S. 189, für die Ptolomäerzeit ist nur eine von Männern erhobene Kopfsteuer (*σύνταξις*) bezeugt. Vgl. über die *λαογρ.* insbes. Wilcken a. a. O. S. 189.

[2]) Vgl. Wilcken, Chrest. S. 168 zu Fir. 57_{69-71}. Hier ist nämlich Heron, bevor er Ephebe wird, als *παῖς* ein *'Αλθ(αιεύς)*: Demenbürger. „Man tritt also — wie dieser Gelehrte a. a. O. ausführt — nicht durch die Ephebenschaft in den Demos ein, wie Jouguet l. c. meint, vielmehr wird Theon durch Erreichung des 14. Jahres, dadurch, daß er aufhörte, ein *ἀφῆλιξ* zu sein, in den Demos eingetreten sein.“ Inwiefern die Ansicht Wilckens bezüglich der *ἡλικία* zutrifft, vgl. oben S. 181f. u. S. 192.

[3]) Vgl. Wilcken, Grundz. S. 331.

[4]) Vgl. zu diesen *νεώτεροι* die Bemerkung Wilckens a. a. O. zu (Z. 23) S. 457. Zum Begriff der *νεώτεροι* überhaupt Par. 38_{22} und dazu P. Meyer, Archiv f. Pap. III S. 94, der diese Urkunde, wohl ohne jeden Anhalt, als Beleg dafür ansieht, daß die Volljährigkeit mit dem 14. Lebensjahr eintrat. Vgl. ferner Tebt. 24 (Z. 64/5) *εἰς τοὺς [υἱο]ὺς ὄ(ν)τες παντελῶς νεωτέρους* und dazu Oertel, Liturgie S. 47.

[5]) Quamcumque munitionem decuriones huiusce coloniae decreverint, si m(aior) p(ars) decurionum adfuerit cum e(a) r(es) consuletur, eam munitionem fieri liceto, dum ne amplius in annos sing(ulos) inque homines singulos puberes operas quinas et in iumenta plaustraria iuga sing(ula) operas ternas decernant. „Also alle männlichen Einwohner (wie es nachher heißt von 14 bis 60 Jahren) — dieselbe Altersgrenze wie bei der ägyptischen Kopfsteuer — dürfen alljährlich zu Frondiensten aller Art, jedoch nicht mehr als 5 Tage herangezogen werden.“ Vgl. Wilcken, Arch. IV S. 145; ferner Mommsen, Jurist. Schriften I S. 215.

bringen uns die Papyri keine allgemeinen Bestimmungen darüber, mit welchem Jahre die Pflicht zu den munera personalia eintrat.[1]) In den erhaltenen Vorschlagslisten, wie z. B. in der Liste von Panopolis, begegnen uns erst Leute von 20 Jahren aufwärts[2]); doch ist daraus kein Schluß auf ein so spätes Alter zu ziehen. Auf jeden Fall beginnt wenigstens auf einem Gebiete des Verwaltungsrechts die Volljährigkeit sowohl für den Griechen als auch für den Ägypter früher als im Privatrecht, ein Umstand, welcher nicht wenig dazu beigetragen hat, beide Termine miteinander zu vermengen.[3])[4])

Das Prozeßrecht anlangend, ist der Haussohn ebenso wie im attischen Recht während seiner Minderjährigkeit prozeßunfähig[5]) und muß daher durch seinen Vater vertreten werden. In Lill. II 14 (v. J. 221 v. Chr.) (= M. Chr. 224) klagt der Vater wegen eines an seinem minderjährigen Sohn begangenen Betrugs und Oxy. I 68 (131 n. Chr.) (= M. Chr. 228) wird das *διαστολικόν*, obwohl der Prozeß den Minderjährigen betrifft, dem Vater zugestellt, der auch den Ein-

---

[1]) Vgl. Wilcken, Grundz. S. 344. Zu den munera patrimonii können jedoch auch Minderjährige herangezogen werden. Vgl. Wilcken a. a. O. S. 344 Anm. 5. Vgl. z. B. Fay 96 (143 n. Chr.) (= W. Chr. 313), wo ein minderjähriger, unter cura stehender Gymnasiarch uns begegnet (Z. 13) *τῷ φροντιζομένῳ ὑπ' αὐτοῦ.*

[2]) Vgl. Hirschfeld, Berl. Sitzber. 52. 817 (= Preis. Sammelb. Nr. 4636) Z. 19: *Πατχόμβις Πμέρσιος μη(τρὸς) Θρεσᾶ (ἐτῶν) Κ (δραχμαί)ς.*

[3]) Vgl. die Bem. der Her. zu Oxy. 247 (Z. 12): „The legal age was probably fourteen years, when man became liable to the poll-tax", ebenso Meyer, Arch. III S. 94 Anm. 1 und für die Griechen: Wilcken, Chrest. S. 168 Anm. ad Z. 78.

[4]) Das Verhältnis ist hier somit das umgekehrte wie in Athen. Während dort die privatrechtliche Selbständigkeit mit dem 18. und die Befähigung zum öffentlichen Leben erst mit dem 20., tritt hier die Befähigung zum öffentlichen Leben mit dem 14. und die privatrechtliche Selbständigkeit (vermutlich) mit dem 18. Lebensjahre (vgl. oben S. 182) ein. Allerdings erfolgt dort die Eintragung in den Demos schon mit dem 18. Lebensjahre. Vgl. Kohler-Ziebarth a. a. O. S. 106.

[5]) Vgl. Lipsius a. a. O. S. 790f. Mit dieser Unfähigkeit hängt es wahrscheinlich zusammen, daß die Minderjährigen die Führung des Prozesses bis zur Erreichung der Volljährigkeit verschieben, wie es z. B. in Lond. II 198 (S. 172) (a. 169—177 p. Chr.) geschieht. Damit steht Oxy. 898 (a. 123 p. Chr.) keineswegs in Widerspruch, da der Beschwerdeführer dort ein *ἐνῆλιξ* ist (vgl. oben S. 184).

spruch, die *ἀντίρρησις*, dagegen erhebt.[1]) Der volljährige Sohn besitzt dagegen vollkommene Prozeßfähigkeit und kann entweder selbst im Prozeß handeln oder sich vom Vater vertreten lassen, oder endlich selber als Vertreter des Vaters auftreten.[2]) In Lond. II 354 (S. 164) (a. 10 p. Chr.) beschweren sich Vater und Sohn über ein ihnen widerfahrenes Unrecht[3])[4]), in Oxy. 484 (a. 138 p. Chr.) wird die Klage wegen eines am Sohne begangenen dolus dem Vater zugestellt (Z. 7 *ἐπεὶ Δ[ίδυ]μ[ο]ς Ἀμόιτ[ο]ς διέσταλκέν μ[ο]ι ὡς ἐνεδρεύσαντι Δίδυμον υἱὸν αὐτοῦ περὶ πυροῦ*), während in Oxy. 1203 (1. Jh. n. Chr.) umgekehrt der Sohn die Klage für den Vater entgegennimmt (Z. 14/15 *καὶ μετέδωκεν ἡμεῖν τούτου ἀντίγραφον διὰ υἱοῦ αὐτοῦ Ἀπίωνος* und dementsprechend (Z. 18) *ἀξιοῦμεν τούτου ἀντίγραφον δι' ὑπηρέτου τῷ τε Ἀπίωνι εἰς τὸν τοῦ πατρὸς Λεωνίδου λόγον ἵν' ὁ μὲν Ἀπίων εἰδῇ πάντα τὰ ὑπὸ τοῦ πατρὸς Λεονίδου ἐπὶ τῇ ἡμῶν ἀδικίᾳ πραχθέντα ἄκυρα ὄντα καὶ μένοντα ἡμεῖν πρὸς τὸν Λεονίδην τὸν περὶ πάντων ὧν ἔχομεν πρὸς αὐτὸν λόγον*). Diese prozeßrechtliche Stellung des Sohnes hängt aber aufs engste mit seiner privatrechtlichen zusammen, und es soll daher unsere nächste Aufgabe sein, diese nach allen Richtungen hin zu beleuchten.

Das Prinzip des griechisch-ägyptischen Privatrechts ist das der Vermögensfähigkeit des Hauskindes. Aus der Reihe der Beispiele, die dieses Prin-

---

[1]) Eine ähnliche Klage wird vielleicht in BGU. 242 (aus der Zeit des Commodus) vorliegen. (Z. 8f.) *ἔτει δὲ κατὰ τὴν ἐμή[ν]* — führt der Vater aus — *ἀπουσίαν τὸν τ[ῆς γυ]ναικός μου υἱὸν Πολυδεύκην ἀτελῆ ὄντα (ᾐκείσατο)*. Hier handelt es sich jedoch um einen Stiefsohn, übrigens auch nur um vorläufige Anzeige des Delikts. Vgl. auch Catt. IV 6 bis V 26 und dazu Wenger, Stellv. S. 117.

[2]) Wir nehmen überall an, daß es sich um Volljährige handelt, wo der Sohn nicht als *ἀφῆλιξ* bezeichnet wird. Gewiß ist das manchmal nicht ganz sicher: so kann z. B. Oxy. 484 wegen des dem Lill. II 14 ähnlichen Tatbestandes (dolus an dem Sohn, vom Vater geltend gemacht) auch ein Minderjähriger in Frage stehen; aber wir müssen uns beim Mangel jeder weiteren Kriterien für die erste Annahme entscheiden.

[3]) Vgl. dazu Wenger, Rhst. Pap.-Stud. S. 119.

[4]) Ob der Brief Tebt. II 411 (2. Jh. n. Chr.), wo ein Vater seinen Sohn benachrichtigt, daß er vom Epistrategen gesucht werde, mit einem Prozeß zusammenhängt, ist nicht einzusehen. (Z. 5f.) *ὁ γὰρ κράτιστος ἐπιστράτηγος ἱκανῶς σε ἐπεζήτησε.*

zip illustrieren, seien folgende erwähnt: Petr. II 11, 2 (3. Jh. v. Chr.) (= W. Chr. 223) (Z. 3f.) hat der Sohn eine Bauparzelle, in Leipz. 1 (104 a. Chr.) (Z. 3f.) ¼ von einem Weingarten und $^1/_5$ eines Ackers Saatland[1]), Grenf. II 32[2]) (101 a. Chr.) (Z. 4f.) einen Anteil am Kornland, in Tebt. II 357[3]) (a. 197 p. Chr.) (= W. Chr. 372) (Z. 14f.) zusammen mit anderen *ἀφήλικες* Weinland. In Oxy. 1027 (1. Jh. n. Chr.) (= M. Chr. 199a) (Z. 3f.) gehört den Haussöhnen die Hälfte eines einstöckigen Hauses und ⅓ eines anderen Hauses mit Hof und Platz. Oxy. 733 (a. 147 p. Chr.) (Z. 5f.) nennt ein Haussohn Schweine sein eigen. In BGU. 44 (102 n. Chr.) (Z. 7f.), Flor. 46 (a. 182/3 p. Chr.) (= M. Chr. 185) (Z. 11), Lond. II 341 (S. 213) (183 p. Chr.) (Z. 4f.) stehen ihm Geldforderungen zu, während er in Amh. 110 (a. 75 p. Chr.) (hier allerdings mit seinem Vater) als Inhaber einer Forderung aus einem Getreidedarlehen erscheint. In Lond. III 879 (S. 5) (a. 123/2 a. Chr.) (Z. 17. 20) beruht der Erwerb seiner Grundstücke auf Kauf und ebenso sind auch die Grundstücke in Lond. III 881 (S. 11) (a. 109/8) (Z. 10f.), Grenf. II 23a (107 a. Chr.) (= W. Chr. 159) (Z. 6f.), Lond. III 1207 (S. 16) (a. 100/99) (Z. 17)[4]), wie auch in Oxy. 47 (1. Jh. n. Chr.) (Z. 3f.), Rein. 44 (Zeit des Hadrian) (= M. Chr. 82) (Z. 13/14) und Oxy. 100 (133 p. Chr.) (Z. 11f.) auf ihn gekommen. In Lond. III 1204 (S. 10) (a. 113/12 a. Chr.) geht der Besitz der Söhne auf eine divisio inter liberos, in Oxy. 248 (a. 80 p. Chr.) (Z. 6f.)[5]) auf eine Erbschaft, in Goodsp. 6 (124 p. Chr.) (Z. 2f.) auf eine Schenkung zurück. Das Kamel in Lond. III Nr. 333 (S. 16) (166 n. Chr.) (= M. Chr. 176) (Z. 18f.) ist durch eine Verfügung von Todes wegen an Vater und Sohn gelangt.[6]) Die Geldforderungen in Flor. 81 (a. 103

---

[1]) Besitzer und Verkäufer ist Petearsemtheus, über dessen Abstammung vgl. unten S. 200. Dort ist auch der Nachweis geführt, daß zur Zeit der Abfassung der Urkunde sein Vater noch lebt.

[2]) Verkäufer ist hier Petearsemtheus vgl. Anm. 1.

[3]) Vgl. zu dieser Urkunde die Einleitung von Wilcken a. a. O.

[4]) Die drei letztgenannten Urkunden beziehen sich auf die Familie des Panobchunis, worüber unten S. 200. Vgl. auch Anm. 1.

[5]) Vgl. zu dieser Urkunde Wenger, Stellv. S. 99. 223 Anm. 5.

[6]) Vgl. Kreller, Erbr. Unters. S. 176.

p. Chr.)[1]), ebenso wie die Geld- und Getreideforderung in Lond. III 1203 (a) (S. 9) (a. 103 a. Chr.) (Z. 2f.)[2]) und endlich die Forderung aus einem Weindarlehen in Grenf. II 24 (a. 105 a. Chr.) (Z. 4/5) haben ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zur Grundlage. Nur für den Erwerb von Forderungen mortis causa liegen uns keine Belege vor, doch dürften die angeführten Beispiele genügen, um den Satz aufzustellen, daß jenes Prinzip ein absolutes ist, daß es nämlich keine Ausnahme erleidet, weder hinsichtlich des Gegenstandes, noch der Art des Erwerbes.[3])

Diese Vermögensfähigkeit des Hauskindes bringt es mit sich, daß der Haussohn in bezug auf sein Vermögen Rechtsgeschäfte abschließen, sich verpflichten und erwerben kann, und es ist daher die Frage aufzuwerfen, wie diese Notwendigkeit in der Praxis verwirklicht wird.

Der minderjährige Sohn kann nicht selbständig handeln und ist auf die Unterstützung durch den Vater angewiesen: diese kann in zweifacher Weise erfolgen, durch Handeln als Beistand (*μετά*-Handeln) oder durch Vertretung (*διά*-Handeln). Es drängt sich von selbst die Frage auf, in welchem Verhältnis diese beiden Arten der Mitwirkung zueinander gestanden, wann die erste möglich, die zweite aber unumgänglich ist. Die Beantwortung derselben erfordert jedoch eine Klarstellung, ob und wie lange innerhalb der Minderjährigkeit ein Zeitraum der absoluten Handlungsunfähigkeit des Haussohnes bestanden hat.

Es ist sehr auffallend, daß in einer Reihe von Urkunden der Minderjährige nicht wie gewöhnlich als *ἀφῆλιξ*, sondern mit der sehr charakteristischen Wendung: *οὐδέπω ὢν τῶν*

[1]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 208. [2]) Als Darlehensnehmer figuriert hier Petearsemtheus, vgl. S. 194 Anm. 1.

[3]) Dasselbe gilt ebenso für die minderjährige, wie auch die volljährige Haustochter. Vgl. z. B. BGU. 88 (a. 147 n. Chr.), wo eine Haustochter ein Kamel an sich bringt, oder Lond. III 1204 (13. a. Chr.) (S. 10/11) (= M. Chr. 152), wo ihr Eigentum zusteht, welches durch Teilung an sie gekommen ist. Vgl. auch die Eigentumsdeklarationen BGU. 154 (159/160 n. Chr.) und Cairo 10. 274c) (= W. Chr. 224). Nach Flor. 1 (153 p. Chr.) (= M. Chr. 243) besitzt sie eine Hypothek, ebenso nach BGU. 907 (aus der Zeit des Kommodus).

ἐτῶν bezeichnet wird. Und zwar finden wir diese Bezeichnung in folgenden Stellen:

BGU. 1124 (18 v. Chr.) (Z. 9—10) *Ἡρα[κλείδου υ]ἱὸν Ἑρμάνισκον μηδέπω ὄντα [τ]ῶν ἐτῶν*[1])

BGU. 177 (a. 46/7 p. Chr.) (= M. Chr. 253) (Z. 5f.) *υἱοῦ Πανεφρέμμιος οὐδέπωι ὄντος τῶν ἐτῶν ὡς ἐτῶν ἕξ*

Oxy. 275 (a. 66 p. Chr.) (= W. Chr. 324) (Z. 6f.) *ἐγδεδόσθαι τῷ Πτολεμαίῳ τὸν ἑαυτοῦ υἱὸν Θῶνιν — οὐδέπω ὄντα τῶν ἐτῶν*

Catt. verso (etwas jünger als 87 p. Chr.) (= M. Chr. 88) (Z. 13) *Μεταλλάξαντος δὲ αὐ[τοῦ] ἐξ ἀντιδικίας ἡ γυνὴ αὐτοῦ οὖσα Δρουσ[ί]λλα προδικοῦσα τῶν τούτου τέκνων Φιλίππου τε τοῦ ἐξ ἀντιδικίας καὶ τ[ο]ῦ ἀφήλικος τότε οὐδέπω ὄντων τῶν ἐτῶν κτλ.*

Ist darunter der Minderjährige schlechthin (d. i. nach unserer Vermutung der 18 bzw. 20jährige) zu verstehen? Wilcken[2]) und P. Meyer[3]) neigen zu dieser Annahme, ich glaube aber auf Grund des oben abgedruckten Catt. verso (Z. 13) eine andere Auffassung vertreten zu müssen. In dieser Stelle[4]) heißt es, daß Drusilla als Prozeßvormünderin ihrer Kinder, die „damals" noch *οὐδέπω ὄντες τῶν ἐτῶν* waren, auftrat, von denen jedoch mittlerweile der eine, Philippos, bereits mündig, der andere — nicht näher benannte — *ἀφῆλιξ* geworden ist. Es wird hier somit der *ἀφῆλιξ* vom *οὐδέπω ὢν τῶν ἐτῶν* und zwar in dem Sinne unterschieden, daß der letztere erst mit der Zeit zu einem *ἀφῆλιξ* wird. Es drängt sich von selbst die Vermutung auf, unter dem *οὐδέπω ὢν τῶν ἐτῶν* den infans zu verstehen[5]), und

[1]) Vgl. dazu Lewald, Personalexekution S. 18.

[2]) Vgl. Anm. 9 bei Oxy. 275.

[3]) Arch. f. Pap.-Forsch. III 94 und Klio VI S. 440.

[4]) Vgl. zu dieser Stelle Meyer, Arch. III S. 94/5.

[5]) Anders Meyer. In Arch. III 94 hat Meyer den *ἀφῆλιξ* mit dem *οὐδέπω ὢν τῶν ἐτῶν* identifiziert. In Klio VI 440 hat derselbe Gelehrte das Gleichnis aufgestellt: *ἀφῆλιξ* = *παῖς* = impubes; *οὐδέπω ὢν τῶν ἐτῶν* = *νεώτερος ὀκτωκαίδεκ' ἐτῶν* = minor; dabei stand er im Arch. auf dem Standpunkte, daß die *ἡλικία* mit dem 14., hier dagegen, daß sie mit dem 18. Lebensjahre eintritt. Dort beruhte jede Identifizierung auf einer mißverständlichen Auffassung der Catt. verso-Stelle, hier auf einer unrichtigen Ergänzung der Lücke in Lill. II 14 (Z. 4/5) *οὐδέπω ὄντα τῶν [ἐτῶ]ν*, statt des gewiß richtigeren *οὐδέπω ὄντα τῶν [ἐνηλίκω]ν*.

diese Vermutung wird durch BGU. 177, wo gerade ein 6jähriger als *οὐδέπω ὢν τῶν ἐτῶν* bezeichnet wird, bestätigt. Bis zu welchem Jahre sich die infantia erstreckte, ist aus den Urkunden allerdings nicht ersichtlich: nach BGU. 177 müßte sie jedenfalls über das 6. Lebensjahr hinausgegangen sein, und man wird nach den Analogien, die wir sonst noch besitzen[1]), nicht fehlgehen, wenn man ihren Endtermin auf das 7. Jahr fixiert.

Die infantia ist somit dasjenige Alter, wo das *διά*-Handeln des Vaters für den Haussohn unumgänglich ist. Von da aus bis zur *ἡλικία* ist ihm die Wahl überlassen, ob er es nur mit seiner Autorität unterstützen oder direkt vertreten will. Hier bildet somit das *διά*-Handeln eine fakultative, das *μετά*-Handeln eine ersetzende Form der Unterstützung.

In den Papyri ist es meistens nicht ersichtlich, ob ein notwendiges oder freiwilliges *διά*-Handeln vorliegt. Der Grund liegt darin, daß das Wort *ἀφῆλιξ* sowohl den minor als auch den infans bedeutet[2]) und wir in der Regel keine näheren Anhaltspunkte für die Bestimmung, ob das eine oder das andere vorliegt, besitzen. Wir müssen uns daher im folgenden auf die Zusammenstellung der *διά*-Fälle beschränken, ohne auf den Charakter der ihnen zugrunde liegenden Vertretung näher eingehen zu können.

Ein Beispiel einer Vertretung durch den Vater bringt zunächst Oxy. 100 (a. 133 p. Chr.). Es handelt sich hier um einen Landkauf, der augenscheinlich vom Vater des Minderjährigen abgeschlossen worden ist.[3]) In Tebt. II 357 (a. 197 p. Chr.) (= W. Chr. 372) wird wiederum (Z. 9) *τοῖς γ ἀφήλ[ι]ξι δι' ἐπιτρόπου τοῦ το[ῦ] ἑνὸς αὐτῶν Κρονίω[ν]ος πατρὸς Μάρωνος* quittiert und es fungiert somit der Vater nicht nur als Vertreter seines eigenen Sohnes, sondern auch der anderen Min-

[1]) Im römischen Recht ist die Fixierung des Endtermins der infantia auf das 7. Lebensjahr eben unter griechischem Einfluß geschehen. Vgl. Pernice, Labeo I S. 214 und Girard a. a. O. S. 201 Anm. 1.

[2]) In diesem weiteren Sinne kommt *ἀφῆλιξ* z. B. in Flor. 81 (Z. 6) *ἀφῆλιξ ἐτῶν ζ*, ebenso in Lond. II 324 (S. 63/4) (a. 161 p. Chr.) (Z. 14) *ἀφῆλιξ (ἐτῶν) ζ* und in (Z. 24) *ἀφῆλιξ ἐτῶν δ*; vgl. dagegen P. Flor. 56 (Z. 20), wo einer mit *ἐτῶν θ* als *ἀφῆλιξ* bezeichnet wird.

[3]) Vgl. dazu Wenger, Stellv. S. 245 Anm. 2.

derjährigen. Eine Quittung liegt ferner in Lond. III 1164 (S. 165) (a. 212 p. Chr.) vor[1]), wo (Z. 6) *οἱ δύο ἀφήλικες Ἀντινοεῖς δ[ιὰ τοῦ ἑ]αυτῶν πατρός* handeln. Ähnlich tritt der Vater (hier sogar samt seiner Frau) bei einem Darlehen in Flor. 46 (a. 182/3 p. Chr.) (= M. Chr. 185) auf. Der Darlehensschuldner erklärt nämlich (Z. 7f.) *ἔσχ[ηκα π]αρὰ τοῦ ἀδελφο[ῦ μου Ἀπολλωνίου τοῦ καὶ] Εὐδ[αίμονο]ς τῶν αὐτῶν γ[ονέων χρηματίζοντος ὀνό]μα[τος] τ[οῦ ἀφήλικ]ος αὐ[τ]οῦ υἱοῦ Ἑρμοῦ.* Auch Flor. 81 (a. 103 p. Chr.) dürfte vielleicht in diesen Zusammenhang gehören. In dieser Urkunde erscheint als Darlehensgeber ein *ἀφῆλιξ* mit 6 Jahren — nach dem Text — *μετὰ τοῦ πατρός*: aber schon Wenger[2]) hat die Annahme, daß ein 6jähriger *μετὰ κυρίου* handeln kann, für das griechische Personalrecht zurückgewiesen und hier wohl mit Recht an eine Verwechselung der Präpositionen — *διά* statt *μετά* — gedacht.[3])

Ein *μετά*-Handeln des Vaters mit einem Unmündigen ist in den Papyri nicht erhalten, wohl aber mit einer Unmündigen und zwar in BGU. 907 (aus der Zeit des Kommodus). Es ist dies ein Pfandlöschungsvertrag, gerichtet an die *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων* (Z. 2) *[πα]ρὰ Ἀφροδισίας ἀφήλικος — μετὰ κυρίου καὶ ἐπιτρόπου κα[τ]ὰ τοὺς νόμους τοῦ πατρὸς Σαραπίωνος.*[4]) Sonst aber finden sich in den Papyri überhaupt keine Beispiele für diese Art des Handelns vor. Dies dem Einflusse der römischen Praxis, die eine gestio des Sohnes auctoritate patris im Privatrecht nicht kannte[5]), zuzuschreiben, wäre jedoch trotz allem verfehlt; denn bei erwachsenen Frauen wird das *μετά*-Handeln des Vaters ziemlich häufig erwähnt[6]); es muß somit hier

[1]) Wir stellen diese Urkunde unter der Voraussetzung hierher, daß sie vor die CA. fällt.

[2]) Stellv. S. 208/9.

[3]) Vertretung von minderjährigen Frauen liegt z. B. vor in BGU. 88 (146/7 n. Chr.) (Kauf eines Kamels) und dazu Wenger, Stellv. S. 246/7; Oxy. 633 (frühes 2. Jh.) (descr.) Entgegennahme einer *παραχώρησις* und dazu Wenger a. a. O. S. 245 Anm. 3.

[4]) Vgl. dazu Wenger a. a. O. S. 104.

[5]) Vgl. dazu Pernice, Labeo I S. 105.

[6]) Vgl. z. B. Hib. 89 (a. 239 a. Chr.) (Darlehen); Gen. 19 (2. Jh. v. Chr.) Scheidung; Leipz. 27 (a. 123 p. Chr.) (= M. Chr. 293) ebenfalls

eher mit einem Zufall in der Überlieferung gerechnet werden.[1])

Wie aber, wenn der Minderjährige ohne den Vater eine Schuld eingeht? Zu beachten ist in dieser Beziehung PLille 14 (a. 221 a. Chr.) (= M. Chr. 224). Sopolis, ein Unmündiger, hat sich dazu bestimmen lassen, einer Prostituierten, mit Namen Demo, eine *συγγραφὴ δανείου* über 1000 Drachmen auszustellen.[2]) Sein Vater fordert nunmehr die Herausgabe der Urkunde und zwar aus dem Grunde, weil der Sohn durch den Nichtempfang der Valuta benachteiligt sei. Ob er dabei von der Voraussetzung ausgeht, daß der Vertrag gültig wäre, wenn der Sohn das Geld ausbezahlt bekommen hätte oder ob es ihm nur um Feststellung der auf alle Fälle vorhandenen Nichtigkeit und Beseitigung des gefahrdrohenden Dokuments zu tun ist, läßt sich nicht sagen; jedenfalls hat er sich selbst darüber keine Gedanken gemacht.[3]) Eine Verwandtschaft dieses Vorfalles mit der restitutio in integrum wegen circumscriptio adolescentium nach der lex Plaetoria hat Meyer angenommen.

Der volljährige Sohn kann selbständig kontrahieren, ohne den Gegenkontrahenten der Gefahr einer Anfechtung des Rechtsgeschäftes auszusetzen. Die Papyri bieten uns auch eine Reihe von Beispielen für das selbständige Handeln des Haussohnes und zwar sehen wir ihn Rechtsgeschäfte mit einem Dritten oder mit dem Vater oder endlich in Vertretung des Vaters abschließen. Die rechtsgeschäftliche Tätigkeit desselben läßt sich somit auf

---

Scheidung; BGU. 78 = 445 (a. 148/9 p. Chr.) Quittung; Straßb. 52 (a. 151 p. Chr.) Darlehen; Flor. 1 (a. 153 p. Chr.) Darlehen mit hypothekarischer Sicherheit.

[1]) Sowohl dieses, wie auch das *διά*-Handeln zeigen, daß dem Vater, ebenso wie im attischen Recht, die Verwaltung des Kindesvermögens zusteht (vgl. oben S. 187 $_4$).

[2]) Vgl. zum Folgenden Meyer, Klio VI S. 440. Über Oxy. 484, welcher möglicherweise hierher gehört, vgl. oben S. 193 Anm. 2.

[3]) Dagegen läßt sich aus dem Umstand, daß der Vater auch von seiner Benachteiligung spricht (vgl. Z. 10) *ἡμῖμ μὲν ἀπαναγκάσαι αὐτὴν [ἀποδοῦ]ναι* nicht auch das Weitere folgern, daß im Fall der unterlassenen Anfechtung der Vater selbst solidarisch mit dem Sohn haften würde. Es kann auch an die bloße tatsächliche Notwendigkeit gedacht sein, die Schulden des Sohnes zu bezahlen.

drei Gruppen zurückführen und dementsprechend soll auch das Weitere zur Darstellung gelangen.

Zuvörderst eine Bemerkung: bei den **Rechtsgeschäften mit einem Dritten** ist aus den Urkunden meistens nicht ersichtlich, ob sie bei Lebzeiten des Vaters abgeschlossen werden oder nicht; sicher ist das erstere nur dort, wo wir ganze Familienakten mit genauen Angaben des Alters der einzelnen Familienmitglieder vor uns haben oder wo sich der Sohn neben dem Vater an einem Rechtsgeschäft beteiligt. Wir können daher aus dem großen Urkundenschatz nur solche Urkunden herausheben, müssen aber alle anderen, wo dieses Verhältnis nicht ganz klar ist, beiseite lassen.

In Lond. III, Leipz. Grenf. II, BGU. III, P. Heid. ist eine Gruppe von Urkunden erhalten, die sich auf die Familie des Totoës beziehen[1]): Totoës hatte u. a. einen Sohn mit Namen Panobchunis, dem seine Frau vier Söhne geschenkt hat: Petearsemtheus, Petesuchus, Phagonis und Psennesis. Nach Lond. III 880 (S. 8) hat Totoës noch im J. 113 v. Chr.[2]), nach Lond. III 1206 (S. 15) Panobchunis noch im J. 99 v. Chr. gelebt. Wir müssen nur diese beiden Daten im Auge behalten, um ein reiches Bild der geschäftlichen Tätigkeit der Söhne bei Lebzeiten des Vaters zu gewinnen.

Dem ältesten der Familie, dem Panobchunis, begegnen wir in den Urkunden nur einmal und zwar in Lond. III 879 (S. 5) (a. 123 v. Chr.), wo er Grundstücke von Patous ankauft. Sonst werden nur seine Söhne erwähnt. Am rührigsten ist Petearsemtheus. In BGU. 994 (a. 113 v. Chr.) kauft er zusammen mit Taeleleus 8 Quadratellen Land von Tatotis, in Leipz. 1 (a. 104 v. Chr.) verkauft er $\frac{1}{4}$ Weingarten und $^{1}/_{5}$ Saatland an Sennesis, die er in Grenf. II 28 (a. 103 v. Chr.) anscheinend von ihr rückkauft.[3]) In Lond. III 1207 (S. 16) (a. 99 a. Chr.) kauft er wiederum ein Stück Weinland von einem Eisenarbeiter, in Leipz. 2 (a. 99 a. Chr.) einen ideellen Anteil eines Weizenfeldes von Titos, Tochter des

---

[1]) Vgl. zum Stammbaum **Gerhard**, Philologus 63 S. 568—571 und **Mitteis** bei Leipz. 7.

[2]) Ob er noch im J. 112 v. Chr. lebt, wissen wir nicht. Aus dieser Zeit stammt aber P. Heid. 1278 (= W. Chr. 256).

[3]) Vgl. **Wilcken**, Arch. IV S. 456.

Patous. In Grenf. II 24 (a. 105 v. Chr.) leiht er endlich 6 Krug Wein dem Psammenches. In anderen Fällen tritt er zusammen mit seinen Brüdern auf. In Lond. III 881 (S. 11) (a. 108 v. Chr.) kauft er mit ihnen Saatland von Pmois des Thotortaeus, in Grenf. II 23a (v. J. 107 v. Chr.) (= W. Chr. 159) 3½ Aruren von drei Schwestern Psennesis, Taous und Siephmous, während er in Grenf. II 32a (a. 101 a. Chr.) umgekehrt ein ihnen gehöriges Kornland an Etpesuchus, den Sohn des Nechthanoupis und seine Brüder veräußert. In Grenf. II 27 (a. 103 a. Chr.) nimmt er mit Petesuchus ein Gelddarlehen auf, in Grenf. II 30 (a. 102 a. Chr.) zahlt er wiederum ein vor einem Jahre aufgenommenes zusammen mit seinen Brüdern an Petearsemtheus, den Sohn des Almapheus zurück. Und wie ihr Erwerb überall gemeinschaftlich, so sind auch ihre Verpflichtungen in allen Fällen korreal: (vgl. Grenf. II 27 (Z. 22f.) *ἐκ τῶν δεδανεισμένων και ἐξ ἑνὸς καὶ ὁποτέρου αὐτῶν καὶ ἐξ [οὗ] ἂν αἱρῆται καὶ ἐκ τῶι ὑπαρχόντων αὐτοῖς πάντων*).[1])[2])

Ein Rechtsgeschäft dagegen, wo Vater und Sohn gleichzeitig als Parteien auftreten, begegnet uns zunächst in PSJ. 171 (2. Jh. v. Chr.), wo sie mit einem Dritten einen Arbeits- oder Werkvertrag eingehen. In der Urkunde heißt es, sie hätten die Verpflichtung übernommen (Z. 16f.) *προσθήσειν αὐτῶι* (sc. dem Locator) *βάθρα λίθινα δύ[ο] ἐκ στερεοῦ λίθου ἀρεστά, τοῖς ἰδίοις ἀνηλώμασι κτλ.* Leipz. 7 (107 v. Chr.) zahlt wiederum Panebchunis, den wir aus den vorigen Urkunden bereits kennen, zusammen mit seinem Sohn Petearsemtheus für seinen Erbteil 4500 Drachmen ab. (Z. 3f.) *κατέβαλεν Πανεβχοῦνις Τοτοέους καὶ Πετεαρσεμθεὺς ὁ τούτου υἱὸς ἐκ Παθύρεως Χαιρήμονι Πανίσκου — χαλκοῦ δραχμὰς τετρακισχιλίας πεντακοσίας.*[3]) In Grenf. II 26 (a. 103 v. Chr.) ist von einer Schuld die Rede, die Horus und sein Vater

---

[1]) Vgl. darüber Mitteis, Grundz. S. 119.

[2]) Was die Familie des Dionysios, des Sohnes des Kephalas, in den Rein. Pap. anbelangt, so wissen wir nicht, ob der Vater des Dionysios zu der Zeit, aus der zahlreiche Verträge des letzteren stammen, noch lebte oder nicht. Vgl. Wilcken, Arch. III 522 und Reinach a. a. O. S. 20. Sie müssen hier also außer Betracht bleiben.

[3]) Über den Ursprung dieser Schuld vgl. die Darlegungen von Mitteis a. a. O. S. 24.

Paous für eine gewisse Taraësis übernommen haben (Z. 10/14) *ἃ ἐξέτεισε Παοῦς τοῦ Ὥρου πατρὸς καὶ ὁ αὐτὸς Ὧρος εἰς τὸν Ταρεήσιος λόγον κτλ.*[1]) In BGU. 1165 (19 v. Chr.) handelt es sich um die Rückzahlung eines Darlehens, wobei aus (Z. 31) erkennbar wird, daß u. a. auch eine (dritte) Urkunde im Spiele ist, an der der Sohn der Rückzahlenden beteiligt war (Z. 11/14) *κα̣ὶ ̣ἑ̣τ̣έ̣ρ̣α̣ δαν[ισ]τικῇ συνχωρήσει δι' ἧς καὶ ὀνομάζεται ὁ τοῦ Ἡρακλείδ(ου) καὶ τῆς Θερμούθιος υἱ[ὸ]ς Ἡρακλείδης.* BGU. 1156 (13 v. Chr.) schließen Eltern und Sohn ein Darlehensgeschäft ab (Z. 2f.) *παρὰ Γαίου Ἰουλίου Φιλίου καὶ παρὰ Νίλου τοῦ [. . . . . .] καὶ τῆς τούτου γυναικὸς Σωίδος [τῆς . . . . . . καὶ τοῦ] ἀμφοτέρων υἱοῦ Εἰρηναίου*, wobei sie die Haftung mit ihrem gesamten Vermögen übernehmen. In BGU. 1120 (5 v. Chr.) treten Vater und Sohn als Pächter auf (Z. 2f.) *παρὰ Διοδώρου τοῦ Ἀκέστορος θηλείου καὶ παρὰ Ἑ[ρ]μείου τοῦ Ἀπολλωνίου καὶ τοῦ τούτου [υἱοῦ Ἑρμίου].* Ebenso in BGU. 197 (17. n. Chr.) (vgl. (Z. 3f.) *ἐμίσθωσ[ε Θερμοῦθις] — Σωτηρίχωι Πετεσούχου — καὶ τῷ τούτου υἱοῦ* (sic!) *Πετεσούχωι κτλ.*). Hamb. 2 (59 p. Chr.) hat auf einen Schuldschein über eine Summe von 600 Silberdrachmen in der Form einer von dem Agoranomenamt aufgesetzten *παραθήκη* Bezug, wo als Aussteller drei *Ἰουδαῖοι Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς, Πετῶς Χελκίου* und seine Söhne figurieren (vgl. (Z. 4/6) *Πετῶς Χελκ̣ίου καὶ ο[ἱ] τούτου υἱο[ὶ] Χελκίας καὶ Δωρ[. .]κο̣ας οἱ τρῖς Ἰουδαῖοι τῆς ἐπιγονῆς*). Amh. 110 (ca. 75 p. Chr.) liegt eine Quittung eines Vaters und Sohnes, beide mit Namen Satabous, über die Rückgabe eines Getreidedarlehens vor (vgl. Z. 4/6 *ὁμολογοῦμεν Σαταβοῦς Πανεφρέμμιος ὡς (ἐτῶν) ξε — καὶ ὁ τούτου υἱὸς Σαταβοῦς — ἀπέχειν κτλ.*). BGU. 1016 (a. 166 p. Chr.) enthält endlich ein Rechtsgeschäft durch Vermittelung einer Bank, wobei es u. a. (Z. 5f.) heißt: *διὰ τῆς Διδύμου πλατίας — Ζωίλ[ῳ] Ἐπικράτου καὶ τῷ τούτου υἱῷ Ἁρπάλῳ κτλ.*[2])

---

[1]) Vgl. über die Genealogie dieser Familie Mitteis a. a. O. S. 48.

[2]) In diesem Zusammenhang verdient auch Eleph. VIII (a) (ein amtliches Schreiben) Erwähnung, wo gemeldet wird, daß Horus, der Pächter der Taricheutensteuer, für das 10 Jahre von der für das Heiligtum erhobenen gesamten Steuersumme bereits einen beträchtlichen Betrag bezahlt habe, für den Rest aber seinen Vater als Bürgen stellen wolle.

Besonderes Interesse besitzt jedoch für den Romanisten die zweite Gruppe von **Rechtsgeschäften**, nämlich diejenigen, die der Vater mit seinem Sohn abschließt. Da ist zunächst Goodsp. 6 (v. J. 129 a. Chr.) zu erwähnen. Horus, der Sohn des Imouthes, überläßt seinem Sohn Petosiris mehrere Stück Landes vermittels einer *ὁμολογία* (vgl. (Z. 2) *Ὁμολογία ἣν ἑκὼν — ἔθετο Ὧρος — καθ' ἣν ὁμολογεῖ παρακεχωρηκέναι Πετοσίρει Ὥρου τῶι ἑαυτο[ῦ υἱῶι] κτλ.* Lond. III 1203 (S. 9) (a. 113 a. Chr.) leiht der uns bekannte Panobchunis seinem Vater Totoës 8 Kupfertalente und 13½ Artaben Weizen. BGU. 1128 (14 v. Chr.) liegt ein Vertrag zwischen Vater und Sohn über den Kauf eines Sklaven zugrunde. Nach der Erklärung der Herausgeber verpflichtet sich Hestiaios, einen Sklaven für 1000 Drachmen zu kaufen und dem Apion zu zedieren: tut er es nicht, so hat er durch einen andern Sklaven Ersatz zu leisten und für die verbliebene Differenz des Wertes noch einen weiteren Ersatz zu gewähren. Die Gegenleistung des Sohnes: dem *ὁ μὲν πατήρ* muß ein *ὁ δὲ υἱός* entsprechen, ist nicht mehr erkennbar. In Oxy. 1027 (1. Jh. n. Chr.) (= M. Chr. 199a) handelt es sich um folgenden Tatbestand: Zwei Brüder Theon und Pekysis haben ein Darlehen gegen hypothekarische Sicherheit aufgenommen. Als nun mangels der Zahlung der Gläubiger um den Pfandzuschlag (*προσβολή*) Schritte unternimmt, macht der Vater der Schuldner geltend, daß das Haus von seinen Söhnen ihm verpfändet sei (vgl. Z. 8ff. *τὸν τῶν ὑποχρέων πατέρα Ἀμμώνιον Ἀμμωνίου ἐπιδεδω[κέ]ναι ἡμῖν ὑπόμνημα ἀφ' οὗ ἔδοξεν — ὅτι ὑπόκειται αὐτῶι*). In Oxy. 250 (a. 61 p. Chr.) wird Eigentum eines Sohnes registriert, welches u. a. auf ihn durch einen Vertrag zwischen ihm und seinem Vater gekommen ist (vgl. (Z. 10f.) *τὰ κατηντηκ[ότα εἰς ἐμὲ] ἐξ ὀνόματος τοῦ μετηλλαχότος π[ατρός μου] Ἀμωνίου τοῦ Σαραπίωνος ταῖς [ἐπαγομέναις] τοῦ αὐτοῦ γ (ἔτους) ἀφ' ἧς ἔθετο ἰδιο[γράφου ὁμολογί]ας τῶι ιγ (ἔτει) θεοῦ Κλαυδίου κτλ.*). Goodsp. 27 (2. Jh. n. Chr.) quittiert Anchophis die Zahlung des Kaufpreises für Waren dem Leonides, „who seems to

---

Näher können wir uns mit dieser Urkunde nicht befassen, da sie dem Verwaltungsrecht angehört.

have been the son of Anchophis". Wie man sieht, sind die Rechtsgeschäfte, die der Vater mit seinem Sohn abschließt, ziemlich verschiedenartig, wie es eben der Verkehr, in dem der Vater gleich einem Dritten gehalten wird, mit sich bringt.[1][2])

In enger Verwandtschaft mit diesen Rechtsgeschäften stehen diejenigen, die der Sohn zwar mit einem Dritten, aber im Interesse des Vaters, sei es mit oder ohne Ermächtigung, abschließt. Hierher gehört zunächst Lill. II 29 (219 v. Chr.) (= M. Chr. 366), wo Maron, vertreten durch seinen Sohn Euktos, einen Mietsvertrag über einen *ψιλὸς τόπος* auf 99 Jahre eingeht. In der Urkunde heißt es darüber (Z. 2f.): *Τοῦ γὰρ υἱοῦ μου Εὔκτου μισθωσαμένου — τόπον ψιλὸν — εἰς τὰ γϑ' (ἔτη)*. In Lond. II 172 (S. 205) (a. 105 p. Chr.) liegt wiederum eine Quittung über die Rückgabe eines Depositums durch den Sohn in Vertretung des Vaters vor. Das kleine Dokument lautet: *ὁμολογῶι ἔχιν μ(ε) παρά σου ἀφ' ὧμ ὀφίλις τοῦ πατρός μου κατὰ χιρ[όγρα]φομ παραθήκης ἀργυρίου δραχμὰς διακοσίας εἴκοσι κτλ.* Zu beachten ist ferner eine Vertragsmelderolle in Preis. Cair. Nr. 31 (a. 139/140 p. Chr.), wo in einem der dort erwähnten Verträge zu lesen ist IX (Z. 44): *᾿Ορσενούφει Πανούρεως ὡς (ἐτῶν) [Ψαν]ήσιος διὰ τοῦ υἱοῦ ᾿Ορσενούφεως ὡς (ἐτῶν) κτλ.* Amh. 133 (2. Jh. n. Chr.)[3]) enthält einen Brief des Eutychides an seinen Sohn des Inhalts (Z. 4f.): *περὶ τῶν κεραμίων σου γράφω ἵν' εἰδῇς ὅτι οὐκ ἀμελοῦμεν ἠγοράκ[κ]αμεν σοι εὐώδη κεράμια ἑκατόν.* Wie Wenger richtig bemerkt, wird bei diesem Töpfereinkauf an eine direkte

---

[1]) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Tochter werden dagegen erwähnt im Prozeß der Dionysia, vgl. Gradenwitz, Arch. I S. 332/3.

[2]) Möglicherweise gehört auch Giss. 36 (aus der Zeit Euergetes II.) (Abschriften aus dem Aktenband der an den Epistrategen der Thebais eingereichten prozessualen *σύγχωρήσεις*) hierher. Der Her. bemerkt: Der auctor des Ptolemaios, des Vaters der Schwestern beim Grundstückserwerb, ist der *Τακτόμισθος Ἑρμοκράτης* — er führt denselben Namen wie der Vater des Ptolemaios, sein Vater heißt mit seinem äg. Namen *Πανᾶς*, wie der Großvater —, es ist also vielleicht nicht zu kühn, ihn mit dem Großvater der Schwestern zu identifizieren. Dann hatte also der Sohn das Grundstück vom Vater gekauft.

[3]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 234.

Vertretung zu denken sein. In BGU. 38[1]) (röm. Zeit) schreibt der Sohn an den Vater (Z. 10): *γινώσκειν σε θέλω, ὅτι πάντα ἠφάνισται καὶ οὐκ εὕρηκα δῶναι οἷς ἔγραψές μοι, ἀλλὰ ἠγόρακα, εἶνα τι ἐν[δ]ῶ αὐτοῖς.* Auch hier dürfte eine direkte Vertretung auf Grund eines Mandats vorliegen. Diese Rechtsgeschäfte verdienen aber aus dem Grunde Beachtung, weil sie auf einer freiwilligen, keineswegs aber auf einer notwendigen Vertretung beruhen, die das griechische Personalrecht im Gegensatz zum römischen bei einem Haussohne überhaupt nicht kennt.

Als Gegenstück zu diesen Vertretungen des Vaters durch den Sohn[2]) mögen hier die Fälle Erwähnung finden, wo umgekehrt der Vater als Vertreter des Sohnes auftritt. Solcher Fälle finden wir in den Papyri dieser Epoche drei. Zunächst BGU. 44 (a. 102 p. Chr.).[3]) Hier bestätigt der Vater acht Schuldnern seines Sohnes das von

---

[1]) Vgl. Wenger a. a. O. S. 232 Anm. 2.

[2]) Stellvertretung des Vaters durch den Sohn und zwar in Verwaltungsangelegenheiten liegt vielleicht in Brem. 34 (Arch. PF. V 246) vor. Er gehört zur Gießener Gruppe von Pachtangeboten auf Staatsland auf Grund eines Kaisererlasses Kaiser Hadrians vom J. 117 n. Chr. (vgl. Giss. Pap. S. 27/8). Gerichtet sind die Angebote an den Strategen. Die Petenten stammen aus verschiedenen Ortschaften. Die Angaben darüber sind Auszüge aus dem Kataster der *κωμογραμματεία*, daher ist auch die Lage der Grundstücke mit Rücksicht auf das Dorf oder die Dorfschreiberei, in deren Bereich sie gehören, bestimmt. Eingeleitet werden die Angebote in Giess. 5, 6 I—III und P. Brem. 34 mit *ἀναγράφονται* (teilw. ergänzt), in 7, welche innerhalb der erwähnten Gruppe eine Sonderstellung einnimmt, mit *παραγράφομαι*, wobei *ἀνα-* resp. *παραγράφειν* auf die Eintragung des Grundstückes im Dorfkataster auf den Namen des betreffenden *γεωργός* sich bezieht. Übereinstimmend konstatieren sie in dem Nebensatz, daß die Grundstücke das normale *ἐκφόριον* nicht einbringen und daher eine zu starke Belastung des óder der Antragsteller vorliegt. Wenn in Brem. 34 (vgl. Arch. V S. 246 und P. Giss. S. 36) von Z. 9 an durchwegs die erste Person Singularis statt Pluralis angewendet wird, so kommt wohl darin zum Ausdruck, daß die von den Söhnen aufgesetzte Urkunde eigentlich für den Vater gemacht ist, auf dessen Namen die Grundstücke eingetragen sind; denn daß der Vater etwa kürzlich gestorben wäre, ist nach (Z. 5) nicht wahrscheinlich. Hier und in dem ähnlichen Falle Tebt. II 309 (Z. 17) mögen die Söhne an Stelle des Vaters die Ländereien bearbeitet haben.

[3]) Vgl. dazu Wenger, Stellv. S. 200.

ihnen diesem geschuldete Geld erhalten zu haben und verspricht ihnen dann: *παρέξομαι διδόντα ἡμῖν ἀποχὴν καὶ ἀναδιδόντα τὴν δ[ια]γραφὴν* (die Schuldurkunde) *εἰς ἀθέτησιν καὶ ἀκύρωσιν.* Ferner Rein. 44 (a. 104 p. Chr.) (= M. Chr. 82), wo in einer Abschrift aus einem Protokollbuch eines *κριτής* und *μεσίτης* in (Z. 24) zu lesen ist: *ἐποίησεν τὰς ὠνὰς ἐπὶ τῷ Διονυσίου τοῦ υἱοῦ ὀνόματι.*[1]) Endlich Lond. II 341 (S. 213) (a. 183 p. Chr.) eine Quittung, wo es heißt: *Σωτᾶς Θεογίτωνος διὰ το[ῦ] πατρὸς Θεογίτωνος Σωτᾷ Πτολεμαίου χαίρειν. ἔσχον παρά σου ἀφ' ὧν ὀφείλεις τῷ προγεγραμμένῳ υἱῷ μου Σωτᾶτι κτλ.*[2]) Auch diese Vertretung ist in allen Fällen eine freiwillige, keine notwendige.

Während wir so über die Stellung des Haussohnes auf dem Gebiete des Privatrechts ziemlich genau unterrichtet sind, liegen uns über seine strafrechtliche Stellung fast keine Belege vor. Wir wissen zunächst nicht, wie es mit der strafrechtlichen Stellung des minderjährigen Haussohnes bestellt war, ob er nämlich, ebenso wie im attischen Recht, zunächst für seine Handlungen unbeschränkt haftete und der Vater ihm nur im Prozesse zu assistieren hatte, oder ob seine Haftung erst mit einem gewissen Alter einsetzte.[3]) Nur vom volljährigen Sohn wissen wir, daß er unbeschränkt haftete. In Tebt. 15 (a. 114 v. Chr.) (= M. Chr. 43) werden wegen eines Überfalles Vater und Sohn gleichzeitig zur Verantwortung gezogen (Z. 10f.): *ἔφησαν Ἀπολλόδωρον καὶ τὸν τούτου υἱὸν Μάρωνα ἐπιτεθεῖσθαι Πολέμωνι*), ebenso in Lill. II 1 (v. J. 221/2) wegen *βία* (Z. 17/18 *περὶ δ' αὐτοὺς βεβιασμένους κατεσπαρκέναι ἐξ ὑστέρου λήψομαι τὸ δίκαιον παρ' αὐτῶν* und damit (Z. 2f.) *τοῦ Πτολεμαίου τῶν Πυθαγγέλου καὶ Πτολεμαίου τοῦ υἱοῦ αὐτοῦ*)[4]), in P. Heid. 1280 (2. Jh. v. Chr.)[5]) wegen expilatio hereditatis (vgl. (Z. 2) *Ἀδικούμεθα — ὑπὸ Καλλιμήδου τοῦ Ἀπολλωνίου — καὶ τῶν τούτου υἱῶν*) und in Lond. II 358 (a. 150 p. Chr.) (= M. Chr. 52) wegen Er-

---

[1]) Vgl. zu der Vertretung *ἐξ ὀνόματος* Mitteis, Privatrecht S. 205 Anm. 3.

[2]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 199.

[3]) Vgl. Lipsius a. a. O. S. 700f.

[4]) Vgl. dazu Wilcken, Arch. III S. 522 und IV S. 48.

[5]) Vgl. über die Datierung dieses Papyrus Gerhard a. a. O. S. 7.

pressung.[1]) Eine sehr interessante Urkunde: Gen. 28 (v. J. 136 n. Chr.) verdient dabei Beachtung.

II. Die patria potestas in Ägypten nach der Constitutio Antonina.

Durch die Constitutio Antonina ist die Anwendung der römischen Bestimmungen über die patria potestas auf die Bewohner der östlichen Reichshälfte vorgeschrieben worden.[2]) Es fragt sich nun: ist das Volksrecht dem Reichsrecht ohne Kampf gewichen, oder hat ein solcher Kampf keine Spuren hinterlassen? In der Tat läßt sich, wie für so viele andere volksrechtliche Institute, auch hier in mancher Richtung das Gegenteil aus den Quellen nachweisen.

Die griechischen Rechtsquellen bezeichnen die patria potestas als *ἐξουσία*[3]), das in potestate esse als *εἶναι ὑπὸ τοῦ πατρός*.[4]) Die erstere Bezeichnung kommt, soviel wir sehen können, in den Papyri dieser Epoche nur in Zusammensetzungen wie *ὑπεξούσιος* vor[5]): dagegen begegnet uns die zweite, wenn auch mit gewissen Modalitäten, in zwei Oxyrrynchitischen Urkunden. In Oxy. 1208[6]) (a. 291 p. Chr.)

[1]) Vgl. Wenger, Rechtshist. Pap.-Stud. S. 119.

[2]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht S. 209.

[3]) Vgl. Zachariae v. Lingental, Gesch. d. griech.-röm. Rechts S. 106.

[4]) Vgl. Philostratus: Vit. soph. I 21. 18 *μειράκιον μὲν δὴ ἐτύχανεν ὢν ὁ Ἡρώδης τότε καὶ ὑπὸ τῷ πατρὶ ἔτι* und dazu Mitteis, Reichsrecht S. 153 Anm. 5.

[5]) Cat. Masp. 67006 (und dazu Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 31 S. 393) (Z. 14) *προειρημένῳ ὑπεξουσίῳ αὐτοῦ υἱῷ*. Oxy. 129 (= M. Chr. 296) (Z. 2) *ἐγ[ὼ] Ἰωάννης πατὴρ Εὐφημίας τῆς ἐμῆς ὑπεξουσίου θυγατρός*. Zum Begriff *ὑπεξούσιος* vgl. Zachariae a. a. O. Zu der in den Basiliken vorkommenden *ἀντεξουσιότης* = emancipatio und *ἀντεξούσιον ποιεῖν* (= sui iuris facere) vgl. Wengers Ausführungen zu Münch. 1 (Z. 12). *Ὑπεξούσιος* wird auch in den Basiliken zur Bezeichnung des suus heres gebraucht. Vgl. z. B. Bas. 35. 14. 62 und dazu Kreller, Erbr. Unters. S. 121 Anm. 3. In dem bekannten *διεγγύημα ἀποκηρύξεως* wird die patria potestas mit den Worten umschrieben (Z. 10/11): *ὅτι θυγατέρα ἐκτησάμην ἕως μόνου ὀνόματος τοὔνομα ἔχουσαν τὴν προσηγορίαν τήνδε ὡς εἴθε μήποτε καὶ ταύτην ἐκ σπαργάνων θάλψας ἀνέθρεψα.*

[6]) Vgl. zu dieser Urkunde Mitteis, Sav.-Ztschr. 33 S. 643; Lewald (daselbst) 33 S. 634; Partsch, Gött. Gel. Anz. 1915 S. 439.

heißt es (Z. 6f.): *Αὐ[ρή]λιος Θῶνις Θώνιος μη(τρὸς) [Ἀ]ρτεμιδώρας — μ[ετ]ὰ συνβεβαιωτοῦ τοῦ πατρός μου καὶ ἔχοντος αὐτὸν ὑπὸ τῇ χειρὶ κατὰ τοὺς Ῥωμαίων ν{ν}όμους*, und dieselbe Wendung kehrt auch in Oxy. 1268 (3. Jh. n. Chr.) (Z. 8) *[τὴν ὑπάρχουσαν τῇ] τοῦ Πετοσίριος θυγατρὶ Αὐρηλίᾳ Τασεῦτι μητρὸς Τααρ* (Z. 9) [18 Buchstaben *τοῦ πατρὸς ἔχοντος α]ὐτὴ⟨ν⟩ ὑπὸ τῇ χειρὶ κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους*[1]) wieder. Wir wollen einstweilen auf den Inhalt dieser beiden Urkunden nicht näher eingehen: uns interessiert nur das eine, daß hier, wenigstens formell, das reichsrechtliche Institut der patria potestas in seiner Anwendung auf einen gräko-ägyptischen Neubürger vorgeführt wird.

Anders scheint die Sache in Giss. 40 (v. J. 299 n. Chr.) (Eger, Ztschr. d. Sav.-Stift. 32 S. 178ff. = Preisigke, Sammelbuch 1010) zu liegen. Hier lesen wir: [Au]relio Appio Sabino v(iro) p(erfectissimo) praef(ecto) Aegypti [a. M.] Aurelio Chaeremone q(ui) e(t) Didymo impub(ere) t(utore) a(uctore) patre [suo] M. Aurelio Chaeremone q(ui) e(t) Zoilo hieronica [An]tinoense. Rogo domine des mihi bonorum possessi[o]nem matris meae Aureliae Hammonillae Heracla [. .] . . civitatis Oxyrynchitarum ex ea parte edicti qua«e» [legi]timis heredibus b(onorum) p(ossessionem) daturum te polliceris.[2]) Es handelt sich um eine Agnitio bonorum pos-

---

[1]) Vgl. zu *κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους*: Class. Phil. IV (v. J. 144 n. Chr.) und Oxy. 273 (v. J. 95 n. Chr.) (Z. 4/5) und dazu meine Vorm. Stud. S. 77_{35}.

[2]) Ein Parallelstück zu der von Eger publizierten Urkunde bildet Oxy. 1201 (a. 258 n. Chr.), wo der Sohn den Vater beerbt (agnitio bon. possess.), wobei diese auffallenderweise als bonorum possessio unde legitimi, nicht als bonorum possessio unde liberi bezeichnet wird (vgl. dazu Lewald, Sav.-Ztschr. 33 S. 631; Mitteis, daselbst 33 S. 643; Kreller a. a. O. S. 125). Zu Oxy. 1114 (v. J. 287 n. Chr.), eine lateinische Erbschaftsdeklaration, wo keine vorangegangene agnitio bonorum possessionis erwähnt wird, sondern eine im gewöhnlichen Kanzleistil abgefaßte Erklärung prof[iteor] — h[ereditatem seu bonorum possessionem] vorliegt, vgl. Mitteis, Sav.-Ztschr. 32 S. 344 und Kreller a. a. O. S. 105. 124. Vgl. damit Pap. Berol. gr. Inv. 2475 (Leipz. Festschrift für Lauhn 1912), wo es von einem Sohne, der seinen Vater ab intestato beerbt hat, heißt (Z. 9): *τ[ὸν οἰ]κεῖον πατέρα ἐφ' ἅπασιν διαδεξάμενος* (vgl. dazu Kreller a. a. O. S. 56) *αὐτὸν μὲν κατὰ διαδ[οχὴν κληρονόμον τῆς ἑαυτ]οῦ μητρὸς*

sessionis. Als Petent tritt der nach dem Sc. Orfitianum[1]) in der Klasse unde legitimi berufene Sohn der Erblasserin und zwar tutore auctore patre suo auf.[2]) Es fragt sich, wie diese letzten Worte aufzufassen sind. Zweierlei ist möglich: entweder war der Sohn (augenscheinlich ein impubes infantia maior) emanzipiert und hat dann ganz nach den Regeln des römischen Rechts[3]) die bonorum possessio mit seinem Vater als tutor legitimus[4]) agnosziert; oder, da jeder Hinweis auf die Emanzipation fehlt, stand derselbe noch immer unter patria potestas und hat jenen Akt mit dem Konsens seines Vaters, der hier als tutor bezeichnet wird, vollzogen.[5]) Ist die erste Auffassung möglich, so ist die zweite, mit Rücksicht auf die Analogien[6]), die wir aus ande-

Οὐαλερίας. Daß in CPR. 233 n. 240 eine agnitio bonorum possess. ausgeschlossen ist, vgl. Kreller a. a. O. S. 119/20.

[1]) Vgl. damit die Anwendung des Sc. Orfitianum in Oxy. 1121 (a. 295 p. Chr.) (Z. 12) *ὥσπερ ταύτης πρὸ ὀλίγων τούτων ἡμερῶν τὸν βίον ἀναπαυσαμένης ἀδιαθέτου ὑπ' ἐμοὶ τῇ θυγατρὶ κληρονόμῳ κατὰ τοὺς νόμους*. Über Oxy. 1114 (a. 237 p. Chr.) vgl. unten S. 224.

[2]) Vgl. D. 4, 4, 29 pr.

[3]) Vgl. Girard, Manuel [5] S. 874/5.

[4]) Vgl. damit CTh. 8, 18, 8 (a. 407 p. Chr.) und CJ. 6, 30, 18 und dazu Eger a. a. O.; Weiß, Studien zu den röm. Rechtsquellen S. 114.

[5]) Die agnitio soll iussu patris geschehen. Über die innere Verwandtschaft des iussus mit der auctoritas vgl. Pernice, Labeo I S. 504.

[6]) Vgl. C. 6, 50, 14 (a. 293) und dazu meine Vorm. Stud. S. 79/80. Im syr.-röm. Rechtsbuch findet sich folgende bisher unbeachtete Stelle, Par. 36 = Ar. 3 = Arm. 5 = L. 6: „Wenn der Gatte einer Frau stirbt, so bevormundet ihr Vater ihre Kinder, wenn der Vater ihres Gatten nicht mehr lebt; er muß aber Bürgschaft leisten dafür, daß er nichts von ihrem Vermögen zugrunde gehen lassen will. Wenn aber der Vater des Vaters der Kinder noch lebt, so werden sie von ihm bevormundet und sind ihm untergeben." Von der hier auffallenden Vormundschaft des mütterlichen Großvaters will ich ganz absehen; uns interessiert der Satz, daß der mütterliche Großvater die Vormundschaft nur habe, wenn der väterliche nicht mehr lebe. Dieser Ausdruck ist ungenau: denn der väterliche Großvater hat, wenn der Vater in seiner Gewalt starb, väterliche Gewalt, die der Spiegler hier mit der Vormundschaft vermengt hat. Vgl. auch Bruns, Kommentar S. 106: „ebenso über den Vater, der die Enkel emanzipiert hatte. Wenn sie aber erst nach der Emanzipation des Vaters geboren waren, hat er zwar keine väterliche Gewalt, aber auch keine Vormundschaft, weder agnatische noch fiduziarische". Eine wahrscheinlich großväterliche patria potestas liegt in Giss. 34 (v. J. 265/6) (= M. Chr. 75)

ren hellenistischen Rechtsgebieten besitzen, viel wahrscheinlicher und wir haben unter dieser Voraussetzung einen Fall vor uns, wo der römische pater familias mit einem den volksrechtlichen Anschauungen entsprechenden Terminus benannt wird.

Ist diese Annahme richtig, dann hat sich neben der reichsrechtlichen die volksrechtliche Auffassung der väterlichen Gewalt als Tutel auch nach der Constitutio Antonina behauptet; die Rezeption des römischen Rechts hat dieselbe nicht zu unterdrücken vermocht; wir werden sehen, daß sie auch sonst in so mancher Richtung ihr Dasein geäußert hat.

Die römische patria potestas entsteht durch Zeugung in rechter Ehe.[1]) Eine solche lag den früher besprochenen Urkunden sicher zugrunde. Denn in allen Fällen besitzen die Parteien als Aurelier das conubium[2]), erfüllen somit die Voraussetzung, an die eine rechte Ehe geknüpft ist. Nur zeigen unsere Urkunden die Eigentümlichkeit, daß aus einer römischen Ehe nicht nur bei den Oxy. die patria potestas, sondern, wie bei der Gießener, auch die volksrechtliche Vormundschaft gefolgert wird.[3])[4])

---

vor. Vgl. darüber S. 222_5. — Vielleicht gehört auch in diesen Zusammenhang C. 7, 10, 6: Si pater servum vestrum licet vobis minoribus viginti annis consentientibus manumisit, ei libertatem praestare non potuit (vgl. dazu Mitteis, Reichsrecht S. 374). Andererseits ist die tutela legitima des Vaters ein sehr eingebürgertes Institut. Vgl. C. 2, 20, 5 (und dazu meine Vorm. Stud. S. 79), ferner C. 5, 61, 2: „Si sui iuris constituti filii tui matri successerunt, licet te tutorem esse probetur . . . . . Der Vater als curator eines Emanzipierten begegnet uns in C. 5, 71, 3 (Diocl.). Auf gewöhnliche Tutel deutet dagegen C. 6, 50, 14 (Diocl.).

[1]) Vgl. Girard, Manuel [5] S. 157.

[2]) Vgl. die Namen der Eltern in Oxy. 1208. 1278, Giss. Inv. 40. Ein matrimonium iniustum, d. i. die Ehe einer Römerin mit einem peregrinus begegnet uns z. B. in Lond. II 470 (S. 212) (= M. Chr. 328). Vgl. damit die Prozesse in Cat. III 11—22, wo die Frage verhandelt wird, ob die Kinder aus einem iustum matrimonium stammen oder nicht. Vgl. dazu Meyer, Arch. III S. 69f.

[3]) Die enchorische Ehe, die sicher nur eine volksrechtliche Vormundschaft erzeugte, bestand weiter auch im 4. Jh. n. Chr. Vgl. z. B. Oxy. 903 (4. Jh.) (Z. 17/8), wo eine agraphische in eine engraphische

Völlig volksrechtlichen Zwecken dienen in dieser Zeit dagegen die Adrogations- und Adoptionsverträge.[1]) Ein Vertrag ersterer Art liegt dem bekannten Leipz. 28 (4. Jh. n. Chr.) (= M. Chr. 363) zugrunde. Derselbe wird geschlossen zwischen Aurelia Teys und ihrem jüngeren Sohn Aurelios Silbanos, so zwar, daß die Erstgenannte als väterliche Großmutter ihren 10jährigen Enkel Paësis, den von beiden Elternteilen her verwaisten Sohn ihres vorverstorbenen Sohnes Papnouthios dem Silbanos an Kindes Statt übergibt. Um eine Adoptio im engeren Sinne handelt es sich dagegen in Oxy. 1206 (335 n. Chr.), wo ein Mann und eine Frau, Heraclas und Isarion, ihren 2jährigen Sohn einem gewissen Horion übergeben. Nun ist es für die beiden Fälle charakteristisch, daß die Vorschriften des römischen Rechts dort völlig ignoriert werden: denn die Adrogation würde nach dem römischen Recht jener Zeit ein kaiserliches Reskript und einen rechtsförmlichen Vorgang[2]) vor dem praeses provinciae, wie auch die Kautionsstellung betreffs der quarta divi Pii durch den Adrogator voraussetzen; die Adoptio im engeren Sinne den dreimaligen Verkauf und Scheinvindikation verlangt haben. Auch was mit diesen Verträgen bezweckt wird, entspricht keineswegs den Vorschriften des römischen Rechts; in der Leipz. Urkunde verpflichtet sich

---

Ehe verwandelt wurde. Vgl. ferner Leipz. 41 (4. Jh.) (= M. Chr. 300). Freilich ist es nicht ersichtlich, ob in der letzten Urkunde die Parteien Römer sind, obwohl hier, wie der Kurator und die *ἕδνα* zeigen, römisches Recht zur Anwendung kommt.

[4]) Ein anderer Entstehungsgrund der patria potestas und zwar ein reichsrechtlicher wird beiläufig in Tebt. II 285 (a. 239 p. Chr.) (= M. Chr. 379) erwähnt. Es ist dies ein Reskript Gordians III. über den Beweis des Personenstandes: *παραλιφθεῖσαι τέκνων ἀπογραφαὶ οὔτε τούτους ἀληθεῖς [[νομίμους]] ὄντας παρὰ νόμους ποιοῦσι οὔτε τοὺς ἀλλοτρίους εἰ καὶ ἐγένοντο εἰς τὴν οἰκέτειαν εἰσάγουσι.* Vgl. zu dieser Urkunde Kreller a. a. O. S. 121. Es sei hier besonders auf den Gegensatz zwischen extranei (*ἀλλότριοι*) und die *οἰκεῖοι κληρονόμοι* (familia) hingewiesen.

[1]) Vgl. dazu Mitteis, Grundz. S. 274, Sav.-Ztschr. 33 S. 644; Lewald (daselbst) S. 634; Peters (daselbst) S. 582.

[2]) Vgl. C. 8, 47, 4 und 6, wo der entgegengesetzte Vorgang gerügt wird und dazu Mitteis, Grundz. a. a. O. In den römischen Rechtsquellen begegnet uns eine *υἱοθεσία* in dem interpolierten Fragment D. 45, 1, 132 und dazu Peters a. a. O. S. 584.

der Vater, das Kind zu pflegen (Z. 17) *πρὸς υἱοθεσίαν ὅνπερ θρέψω καὶ ἱματίζω εὐγενῶς καὶ γνησίως ὡς υἱὸν γνήσιον καὶ φυσικὸν ὡς ἐξ ἐ[μ]οῦ γενόμενον*), sein väterliches Vermögen getreulich zu verwahren und es ihm mit Erreichung der Volljährigkeit zurückzuerstatten[1]) (Z. 16f. *παρειληφέναι δὲ καὶ τὰ πατρῷα αὐτοῦ πράγματα καὶ μητρῷα — διαφυλάξαι καὶ ἀποκαταστῆσαι αὐτῷ ἐνήλικι γενομένῳ*), wie auch ihm seine eigene Erbschaft zu hinterlassen.[2]) (Z. 21f.) *εἶναι δ' αὐτὸν καὶ τῶν ἐμῶν πραγμάτων κληρονόμον υἱοθετηθέντα μοι ὡς προείρηται*) und dieselben Verpflichtungen kehren entsprechend modifiziert auch in der Oxy.-Urkunde wieder (Z. 6ff. *εἰς υἱοθεσίαν ἐμὲ δὲ τὸν ['Ωρίων]α ἔχειν το[ῦτ]ον γνήσιον υἱὸν πρὸς τὸ μένειν αὐτῷ τὰ ἀπ[ὸ τ]ῆς διαδοχῆς τῆς κληρονομίας μου δίκαια*).[3]) Mitteis faßt nun diese Verträge als „Zieh- und Erbverträge" auf[4]), ich würde sie jedoch als volksrechtliche Adoptionsverträge bezeichnen, d. i. Verträge, durch welche die volksrechtliche väterliche Vormundschaft künstlich begründet wird.

Ein fundamentaler Unterschied zwischen der reichsrechtlichen und der volksrechtlichen väterlichen Gewalt liegt in ihrer Dauer. Die römische patria potestas erstreckt sich im Gegensatz zur volksrechtlichen, die mit einem gewissen Alter zu Ende geht, auf das ganze Leben des Haussohnes gleichmäßig. Durch Zeitablauf geht im römischen Recht nur die Vormundschaft über personae sui iuris zugrunde. Dementsprechend erwähnt der Testator in Oxy. 907 (a. 276 p. Chr.) (= M. Chr. 317) (Z. 18—20) *'Επίτροπον δὲ ποιῶ τῶν προκειμένων ἀφηλίκων μου τέκνων τ[ριῶν] 'Ωρείωνος καὶ 'Ηρακλείδου καὶ Διδύμης ἕως ἂν οἱ ἄρρ[ενες τῆς ἡλικίας*

[1]) Vgl. über dieselbe Verpflichtung des Vaters in Griechenland: Lipsius a. a. O. S. 504 und Wenger, Stellv. S. 169.

[2]) Eine Erbschaft eines Adoptivkindes nach einem Adoptivvater wird erwähnt in Oxy. 1206 (335 p. Chr.) und dazu Kreller a. a. O. S. 57.

[3]) Die Oxy.-Urkunde enthält noch die Bestimmung, daß der Vater den Sohn nicht verstoßen werde (dazu unten S. 217). Vgl. über die Verstoßung des Adoptivsohnes im att. Recht: Lipsius a. a. O. S. 518 und Cuq, Un nouv. doc. sur l'apocer. S. 21.

[4]) Vgl. über die Bedeutung dieser Verträge für die Entwicklung der Adoptio minus plena Mitteis a. a. O. S. 275. Über die Adoptio im syr.-röm. Rechtsbuch Mitteis, Reichsrecht S. 212—216.

γίνωνται], daß die Vormundschaft beim Manne mit der *ἡλικία* aufhöre.[1]) Ebenso trifft in Leipz. 29 (a. 295 p. Chr.) (= M. Chr. 318) die testierende Mutter die Verfügung, (Z. 5) *κληρονόμον σε μ[ό]ν[η]ν κατὰ πάντας τοὺς ν[ό]μους καθίστημι [ὥστε ἀντεξούσ]ιόν σε εἶναι, ὅπου δ' ἂν βουληθῇς πορεύεσθαι ἅτε δὲ τῆς ἐννόμου ἡλικίας γεγενημ[ένην]*, daß die Tochter somit frei über das Vermögen verfügen darf, da sie das gesetzliche Alter erreicht hat.[2])[3]) Auffallend ist daher, wenn wir in

---

[1]) Wenn es dann in dieser Urkunde heißt, daß die Vormundschaft über die Tochter so lange dauern soll (Z. 19) [*ἕως — ἡ δὲ θήλεια*] *ἀνδρὶ γαμηθῇ*: wenn also für die Grenze der Tutorbestellung des bestellten Tutors die Eheschließung angegeben wird, so hat der Testator nach griechischer Auffassung an die dann eintretende ehemännliche Vormundschaft des Mannes gedacht. Vgl. Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 30 S. 403. Vgl. damit Zachariae v. Lingenthal, Gesch. d. griech.-röm. Rechts S. 113, wo ausgeführt wird, daß nach manchen byz. Quellen *κἂν ἡ γαμικῆς ὁμιλίας ἔξω* einer jeden Verheiratung des Kindes die Wirkung beigelegt wird, daß sie der väterlichen Gewalt ein Ende machen soll.

[2]) Vgl. über die aetas legitima Pernice, Labeo I S. 225; ferner Mitteis, Grundz. S. 280. Vgl. damit Lond. I 113 (S. 201) (6. Jh.) (Z. 11f.) [*ὅτι ἀφ*]*ηλικότητι πρὸ* [*τῆς μεθέξε*]*ως ἐννόμου ἡλικίας τῶν εἴκοσι πέντε ἐνιαυτῶν τὴν πρᾶσιν ἐποιήσατο καὶ περιεγράφη*. Letzteres Alter hat seine Bedeutung durch die lex Plaetoria erhalten, welche in folgenden Urkunden erwähnt wird: BGU. 378 (2. Jh. n. Chr.) (= M. Chr. 60) *Ὑπόμνημα* an den vom Statthalter delegierten Dikaiodotes, um in integrum restitutio gegen eine auf Grund einer angeblich während des Petenten Minderjährigkeit von ihm erpreßten Urkunde, vollzogenen Exekution (Z. 20) *τυγχάνω γὰρ γεγραφὼς* [*τ*]*οῦτο ἔτι ἐντὸς ὢν τοῦ Λαιτωρίου νόμου*; BGU. 611 (= M. Chr. 370) (Z. 6/7) ad res suas ag[en]das nihil legis Laetoriae [proficiant? a]uxilio; Oxy. 1274 (3. Jh. n. Chr.), wo die Mutter eine Vollmacht ausstellt, um die Erbschaft ihres minderjährigen Sohnes zu registrieren, (Z. 11) *ἐξ ὀνόματος μ[ου ὑ]πὲρ τοῦ ἀμφοτέρων ἐμοῦ τε καὶ τοῦ ἀνδρός μου υἱοῦ καὶ [κλ]ηρονόμου Αὐρηλίου Διονυσίου τοῦ καὶ Ἀπολλωνίου γυμνασιάρχου τῆς αὐτῆς πόλεως ἔτι ὄντος ἐντὸς τοῦ Λαιτωρίου νόμου*. — Um eine in integrum restitutio wegen Minderjährigkeit handelt es sich in Oxy. 1020 (a. 198 bis 201 p. Chr.). Ebenso nahm Eger in Giss. 41 eine solche restitutio an (vgl. Arch. V S. 140).

[3]) Auch die sonstigen Erwähnungen der *ἡλικία* beziehen sich auf Personen sui iuris. Vgl. z. B. Tebt. II 326 (a. 266 p. Chr.) soll ein *ἐπίτροπος* bestellt werden, (Z. 2f.) *ὑπὲρ θυγατρὸς ὀρφανῆς καὶ καταδεοῦς τὴν ἡλικίαν*. Vgl. dazu meine Vorm. Stud. S. 72 Anm. 16. Vgl. auch Leipz. 38 (v. J. 390 n. Chr.) (= M. Chr. 97), wo in einer Verhandlung vor dem Präses Thebaidis die Frage erörtert wird, ob Capito *ἀτελὴς τὴν ἡλικίαν* als Prozeßbürge tauglich ist.

einem byzantinischen Papyrus Münch. 1 (Z. 12) von einem Falle lesen, wo einem gewissen Dios der Vorwurf gemacht wird, daß er seinen Sohn Jakobos in seinem Schiffsgewerbe angestellt und ihn dabei *ὡσανεὶ ἀνδρωθέντα καὶ ἥκοντα εἰς τὴν δέουσαν ἡλικίαν* gehalten habe. Wenger, der nun diese Urkunde trefflich interpretiert, bemerkt mit Recht, jene Wendung könne nur vom Standpunkte der justinianischen Fortentwickelung des römischen Rechts erklärt werden. Ausgehend von der Voraussetzung, daß die Tendenz dahin ging, einerseits die Vormundschaft mit der patria potestas auszugleichen und auch der letzteren durch Erreichung der Großjährigkeit ein Ende zu setzen, andererseits das Kind auch per separatam oeconomiam von der väterlichen Gewalt zu emanzipieren, meint nun dieser Gelehrte, die Rekrimination der Gegner gehe dahin: der Vater habe seinen Sohn als selbständig erwerbsfähig behandelt, obwohl er weder den Jahren nach, noch infolge eigener Wirtschaft emanzipiert war. Fraglich bleibt nur, welches Alter unter der *δέουσα ἡλικία* zu verstehen ist. Das Wort „*ἀνδρωθέντα*" deutet auf Pubertät hin, während die Entwicklung des byzantinischen Rechts umgekehrt dahin ging, die pubertas und die minorennitas auszugleichen und einen einheitlichen Majorennitätstermin mit 20 oder 25 Jahren festzusetzen. Erweckt somit der letzte Punkt Zweifel[1]), so bleibt immerhin das Resultat bestehen, daß die volksrechtliche Auffassung, wonach die väterliche Gewalt mit einem gewissen Alter zu Ende geht, nicht nur nach der Constitutio Antonina fortgelebt, sondern sogar die reichsrechtliche Entwicklung beeinflußt hat.

Noch ein anderer volksrechtlicher Erlöschungsgrund der väterlichen Gewalt hat im späteren Recht fortgedauert. Zwei Urkunden zeigen nämlich das Fortleben der altgriechischen Apokeryxis auch in nachantoninischer Zeit.

---

[1]) Es ist jedoch zu beachten, daß das „*δέουσα ἡλικία*" eine Steigerung des „*ἀνδρωθέντα*" bedeutet. Er habe ihn nicht nur für einen pubes, sondern auch für einen, der bei der *δέουσα ἡλικία* angelangt ist, gehalten. Somit werden pubertas und die *δέουσα ἡλικία* genau voneinander geschieden. Über den Termin der *δέουσα ἡλικία* im Volksrecht, der mit dem Pubertätstermin keineswegs zusammenfällt, vgl. oben S. 182.

Die erste ist die bereits oben erwähnte Adoptionsurkunde: Oxy. 1206, wo der Adoptivvater die Verpflichtung übernimmt (Z. 13/14) *οὐκ ἐξέστι (= ἐξέσται) μοι τοῦτον ἀπώσασθαι*, daß er also den Adoptivsohn nicht verstoßen werde. Die zweite ist die von Cuq als ein „nouveau document de l'Apokeryxis" erkannte Masp. Cat. 67097 verso. Das Stück zerfällt in vier Teile, 1. Nennung der causa abdicationis: der Verfehlungen der Tochter, die den Anlaß zur Verstoßung gegeben (Z. 1—62); 2. den Akt, wodurch der Vater das mißratene Kind von seiner Familie verstößt und aller Rechte auf sein Vermögen beraubt „für die Gegenwart und für die Zukunft, zu seinen Lebzeiten und nach seinem Tode" (Z. 62 bis 77); 3. ein Gesuch, gerichtet an die Lokalmagistrate mit der Bitte um Publizierung der Verstoßungserklärung, gemäß einem Dekret des höheren Magistrats, der die Verstoßung guthieß (Z. 77—86); 4. die Deklaration des Vaters, daß er alle Formalitäten eingehalten und der Akt unwiderruflich sei (Z. 86—90). Von diesen Teilen interessiert uns hauptsächlich der letzte, wo es heißt: *ὡς γὰρ ἐκ διαλαλιᾶς φοβερωτάτων δικαστηρίων διὰ φωνῆς ἀλήκτου περεμπτορίας κήρυκος ὑ[π' ἐν]δο[ξο]τάτων ἀρχόντων κατὰ δέκρετον ἐκ θείων νόμων τὴν παροῦσ[αν ἀ]π[ο]κήρυξιν ἀνέθηκα, εἰς ἀνάγνωσιν πάντω[ν] τῶν παρεχομένων ὥστε τὴν φήμην ἐκ φωνῆς τυχόντων ἀνα[γο]ρεύεσθαι πανταχῇ ταῦτ' οὕτως ἀεὶ εἶναι βέβαια δηλαδή*, wo also die gesetzliche Anerkennung[3]) der *ἀποκήρυξις* erwähnt wird. Hiermit hätte sich die *ἀποκήρυξις* nicht

---

[1]) Vgl. dazu Mitteis, Sav.-Ztschr. 33 S. 644; Lewald (daselbst) 633; Cuq a. a. O. S. 14. Zum Ausdruck *ἀπωθεῖσθαι* Mitteis, Reichsrecht S. 215 Anm. 3 in der von ihm herangezogenen Lucianstelle *ἀποκηρυττόμενος* c. 12.

[2]) Vgl. dazu Lewald, Ztschr. d. Sav.-Stift. 33 S. 628; 34 S. 445; vgl. auch v. Druffel, Papyrologische Studien zum byzantinischen Urkundenwesen S. 20 Anm. 1; Koschaker, Berl. Phil. Wochenschrift 1915 S. 1503f.; Zucker, Byz. Ztschr. Bd. 21 S. 558.

[3]) Über die Novelle über die Apokeryxis vgl. Cuq a. a. O. S. 53. Seine Ausführungen gipfeln in den Sätzen „Justinien a donc, sans modifier le droit commun de l'Empire, permis aux habitants de la préfecture d'Orient d'observer la coutume depuis longtemps suivie dans cette region. Il en a été de même pour l'apokeryxis, qui a été autorisé tout au moins en Égypte pour temperer l'application de la Nouvelle CXV. — Cette observation permet de determiner la categorie de constitution à laquelle

nur lebensfähig erwiesen, im Volksrecht ihr Dasein zu fristen, sondern sich sogar die Anerkennung der offiziellen Gesetzgebung zu erkämpfen gewußt.

Man darf jedoch nicht glauben, daß die Beendigungsgründe der römischen patria potestas den Provinzialen überhaupt unbekannt geblieben sind. Daß dem nicht so war, darüber belehrt uns die Urkunde, die Mitteis in der Leipziger Gedenkschrift für Lauhn (1912) publiziert hat. Bei dieser Urkunde ist zweierlei interessant: es handelt sich um eine Emanzipation einer Tochter und doch wird dreimalige Manzipation wie beim Sohn vorgenommen (Gai. 1, 134; Ulp. 10, 1); ferner weicht der dort geschilderte Vorgang insofern vom Bericht von Ulpian und Gaius ab, daß die Tochter schon nach der ersten und zweiten Manzipation vom Fiduziar remanzipiert und nicht, wie es korrekter wäre, manumittiert wird. Es ist nicht unsere Aufgabe, auf diese Abweichungen näher einzugehen: für uns ist nur der Umstand von Wichtigkeit, daß die reichsrechtliche Emanzipation auch von den Provinzialen gehandhabt wurde, eine Erscheinung, die uns auch in einer Reihe von kaiserlichen Konstitutionen aus dem Osten entgegentritt.[1])

Dagegen kommt in den Rechten des Vaters gegenüber dem Kind in so mancher Beziehung das alte Volksrecht wieder zur Geltung. Zwar ist die Aussetzung, die wir oben als das vornehmste Recht desselben bezeichnet haben, in den Urkunden dieser Epoche nicht direkt belegt; aber eine strengere Form derselben, der vom Reichsrecht bekämpfte Kinderverkauf[2]), tritt uns wenigstens in einer Urkunde aus dem 4. Jh. deutlich vor Augen. Zwar ist es in Leipz. 35 (Z. 17) mehrdeutig, wenn es von einem gewissen Isidoros heißt: *καὶ πάντα τὰ ἐμ[α]υτοῦ διαπωλήσας — καὶ σχεδὸν εἰπεῖν ἕως [τ]ῶν φιλτάτων μου ἔφθασα — μάλα μ[ό]γις συνήγα[γ]ον*

appartient la Nouvelle sur l'apokeryxis: ce n'est pas une loi générale, c'est une pragmatique". Vgl. dazu Lewald a. a. O. S. 443 und Koschaker a. a. O. S. 1505f.

[1]) Vgl. z. B. C. 2, 21, 5 . . . . . per legitimum tutorem patremque und dazu meine Vorm. Stud. S. 79. Vgl. auch C. 2, 27, 2.

[2]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 358f. 456.

τοῦ ὑπολοίπου λ[ο]γισθέντος αὐτοῖς: daß er, um das Urteil zu erfüllen, beinahe auch zum Verkaufe seiner liebsten hätte greifen müssen[1]); denn man weiß nicht recht, ob das die liebsten Personen sind oder die liebsten Besitztümer. Eindeutig aber ist Oxy. 1206; da übernimmt der Adoptivvater die Verpflichtung, daß er den Adoptivsohn (Z. 11f.) *οὔτε εἰς δουλαγωγίαν ἄγειν διὰ τὸ εὐγενῆ αὐτὸν εἶναι*: ihn also nicht veräußern, vielmehr seine Freiheit als die eines Freigeborenen schonen werde. Letztere Bestimmung findet sich aber in der analogen Leipziger Urkunde nicht und dieser Umstand spricht dafür, daß wir es nicht mit einer leeren Phrase, vielmehr mit einem faktisch geübten Volksbrauch zu tun haben.

Nicht anders verhält es sich mit der Verpfändung bzw. Dienstknechtschaft der Kinder. Bekanntlich wird das eine wie das andere durch kaiserliche Konstitutionen bekämpft und noch Nov. 134 c. 7 erwähnt diese Unsitten. Nun heißt es in einer spätbyzantinischen Urkunde Cat. Masp. 67023 (Z. 12)[2]): *Τοῦ [ἐ]μοῦ π[α]τρ[ὸς] [ἐν ἐ]σχάτῃ περιπεπτωκότ[ος π]ενίᾳ καὶ ἐξ ἀν[άγ]κ[ης] ὑποτεθεικ[ότος] τότε τὴν ὑποδεεστέρ[α]ν μου ὀρφανικὴν ἀδελφὴν καλο[υ]μ(ένην) Πρόκλαν τῷ λαμπρο(τάτῳ) κυρίῳ Νόν[ν]ῳ κτλ.* Demnach hat ein gewisser Palladios, durch die Liturgielast gezwungen, sich dazu entschlossen, eine seiner Töchter gegen einen solidus zu verpfänden und nach seinem Tode will nun ihre älteste Schwester Martha sie aus dem Pfandverhältnis auslösen.[3]) Wir

---

[1]) Vgl. dazu Wenger, Gött. Gel. Anz. 1907 S. 304.

[2]) Vgl. zu dieser Urkunde Mitteis, Sav.-Ztschr. 31 S. 395; Wilcken, Grundz. S. 355, Arch. V S. 445; Weiß, Pfandr. Unters. S. 29. 61f.

[3]) Doch kann dabei nicht verschwiegen werden, daß auch eine andere Deutung möglich ist. Man kann nämlich hier auch an eine Dienstnutzung mit Zins- und Amortisationsantichrese denken, und der Umstand, daß als Auslösungspreis nur $1^1/_2$ solidus angeboten wird, könnte für diese Annahme angeführt werden. Ein solches Verhältnis war aber auch nach römischem Recht möglich. Vgl. P. S. R. V 1, 1. Idem (liberi) nec pignori ab his (parentibus) aut fiduciae dari possunt. Operae tamen eorum locari possunt und dazu Weiß a. a. O. S. 31 Anm. 3. Eine solche gemischte Zins- und Amortisationsantichrese liegt in BGU. IV 1126 (z. d. Aug.) (Z. 5) vor: *Συγχωρεῖ ἡ Π. ἔχειν παρὰ τῆς P. δάνειον . . . . . . δραχμὰς ἑκατόν, ἀντὶ δὲ τούτων καὶ τῶν τόκων αὐτῶν . . . . . . παραμενεῖν* (vgl. dazu Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung S. 28). Doch die Auffassung des

haben es hier somit wiederum mit dem Fortleben von Verfügungen über das Kind zu tun, wie sie nur dem Volksrecht eigentümlich waren.

Keine Änderung hat dagegen das alte Recht des Vaters, seinen Kindern einen Vormund zu bestellen, erfahren. Auch jetzt finden wir in den Papyri Fälle, wo der Vater dieses Recht ausübt (vgl. z. B. Oxy. 907 (v. J. 276 n. Chr.) (= M. Chr. 317) (Z. 18). Hier stimmte eben das Reichsrecht mit dem Volksrecht überein.

Sehr interessant gestaltet sich nun das Verhältnis des Vaters zum Kinde in bezug auf die Ehe. Nach römischem und byzantinischem Recht bedarf das Kind in patria potestate zu seiner Verheiratung der Einwilligung des Gewalthabers.[1]) Dementsprechend heißt es in einer spätbyzantinischen Urkunde Cat. 67006 (Z. 14): *ἠγάγετ' ὁ προειρημένος — Βίκτωρ τῷ προιριμένῳ ὑπεξουσίῳ αὐτοῦ υἱῷ 'Αφοῦτι νυμφίῳ τὴν προηριμέν*[*ην*]: daß also der Vater für seinen Sohn, der sich unter seiner patria potestas befand, die Frau genommen hat.[2]) Dieses Recht der Verheiratung[3]) stand ihm, wie wir oben ausgeführt haben, nur in bezug auf die Tochter zu, und es wäre daher eine gewisse, vielleicht nicht unwillkommene Erweiterung seiner väterlichen Befugnisse, wenn man es jetzt auch analog auf den Haussohn übertrug.[4])

Textes dürfte trotzdem wahrscheinlicher und ungezwungener sein und das Angebot des halben sol. könnte darin seine Erklärung finden, daß die zweite Hälfte noch zu Lebzeiten des Vaters bezahlt wurde.

[1]) Vgl. Girard, Manuel[5] S. 155/6; Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 10; v. Mayr a. a. O. S. 489.

[2]) Vgl. dazu Mitteis, Sav.-Ztschr. 31 S. 393; ähnlich heißt es in Flor. 36 (= M. Chr. 64) (Z. 9) [*συ*]*νέ*[*ζ*]*ευξα* (sc. *τοὺς παῖδας*).

[3]) Über die geschichtl. Entwicklung dieses Rechts vgl. Girard a. a. O. S. 163 Anm. 2.

[4]) Sehr interessant gestaltet sich die Rezeption des römischen Rechts in bezug auf die Kinder sui iuris. Nach römischem Recht bedarf es zur Verheiratung einer Frau sui iuris auch bei der freien Ehe der auctoritas tutoris und nach dem Verschwinden der Geschlechtsvormundschaft bei einer Frau bis zum 25. Lebensjahre der Zustimmung des Vaters, von dem sie emanzipiert war, und in Ermangelung des Vaters, der Mutter und der übrigen nächsten Verwandten (vgl. Girard a. a. O. S. 156). Diese Bestimmungen gründen sich auf Konstitutionen der Kaiser Severus und Caracalla (C. 5, 4, 1) und Konstit. des 4. (C. 5, 4, 18) und 5. (C. 5,

Wie steht es aber um das **Recht des Vaters auf Auflösung der Ehe**? Das Recht dieser Epoche gibt dem Vater die Befugnis als Gewalthaber seiner in potestate befindlichen Tochter, aus gerechten Gründen die Scheidung ihrer Ehe zu vollziehen.[1]) Ein Beispiel dafür bietet Oxy. 129 (6. Jh. n. Chr.) (= M. Chr. 296) (Z. 1f.), wo es heißt: *Τὸ παρὸν τῆς διαλύσεως ῥεπούδιον διαπέμπομαι ἐγ[ὼ] Ἰωάννης πατὴρ Εὐφημίας τῆς ἐμῆς ὑπεξουσίου θυγατρός σοι Φοιβάμμωνι τῷ εὐδοκ(ιμω)τ(άτῳ) μου γαμβρῷ*: daß also der Schwiegervater dem Schwiegersohn den Scheidungsbrief überreicht habe. Zwar werden hier bestimmte Gründe nicht namhaft gemacht, aber, wie Mitteis[2]) mit Recht bemerkt, wird ihr Vorhandensein dadurch, daß der Vater von des Schwiegersohnes (Z. 4) *ἔχθεσμα πράγματα* spricht, angedeutet. Da, wie wir wissen, der Vater dieses Scheidungsrecht mutatis mutandis nach dem durch die römische Praxis modifizierten Volksrecht ebenfalls besaß, sind die volksrechtlichen mit den reichsrechtlichen Bestimmungen wohl ohne Schwierigkeit zusammengeschmolzen.

Ein ähnlicher Prozeß dürfte auch auf dem Gebiete des **Alimentationsrechts** stattgefunden haben. Denn auch nach römischem Recht hat das Kind Anspruch auf Alimente.[3]) Und wenn uns dies durch die Papyri dieser Epoche

---

4, 20) Jh. Nun sehen wir aus Oxy. 1273 (a. 260 p. Chr.), welcher ganz in den Formen des griechischen Rechts gehalten ist, daß die Zustimmung der Mutter noch lange vor dem Absterben der Geschlechtsvormundschaft gegeben wurde, und daß sie gewissermaßen dieselbe ersetzte. Hier heißt es nämlich (Z. 27): *ἐξέδοτο* (l. *ἐξόδοτο*) *Αὐρηλία Θκῆσις Εὐδαίμονος μητρὸς Ἡραΐδος ἀπ' Ὀξυρύγχων πόλεως μετὰ συνεστῶτος Αὐρηλίου Θέωνος* (Z. 23) *τοῦ καὶ Νεωτιανοῦ καὶ ὡς χρημα(τίζει) τὴν ἑαυτῆς θυγατέραν Αὐρηλίαν Ταυρεῖριν πρὸς γάμον ἀνδρὶ Αὐρηλίῳ Ἀρσινόῳ Τρύφωνος μητρὸς Δημητρίας ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως κτλ.*

[1]) Die Befugnis, die Ehe gegen den Willen der Tochter aufzulösen, wurde den Vätern in der Zeit der Antonine genommen, vgl. Girard a. a. O. S. 163. Vgl. damit Flor. 36 (= M. Chr. 64), wo um Schutz einer bestehenden Ehe ersucht wird. Hier läßt sich die *ὑπογραφή* nicht mit Sicherheit restituieren (vgl. Wilcken, Arch. III 534) und nicht ersehen, ob auf den Willen der Tochter, die bei ihrem Manne bleiben will, Gewicht gelegt wird oder nicht.

[2]) Vgl. Hermes 34 S. 105.

[3]) Über das Alimentationsrecht des Kindes vgl. Girard a. a. O.

nicht direkt bezeugt wird, so bestätigt doch der Umstand, daß in den Testamenten diese Pflicht auf die *ἐπίτροποι* übertragen wird[1]), indirekt diese Annahme.[2])

Ein Gebiet, auf welches die patria potestas im römischen Recht besonders stark zurückwirkt, bildet das öffentliche Recht.[3]) Um von den Steuern[4]) und Fronden[5]) abzusehen, sind es hauptsächlich die Liturgien, welche mit ihr in einen engen Zusammenhang gesetzt sind. Hier gilt nun die Regel, daß die honores und munera des Sohnes als solche des Vaters gelten, vorausgesetzt, daß die väterliche Gewalt nicht durch Emanzipation aufgehoben ist; „daher kann sich der Vater auf das vom Sohne vollstreckte munus wie auf die eigene Leistung berufen und wird er umgekehrt

---

S. 140. Die Pflichten der Kinder gegenüber den Eltern werden umgekehrt illustriert durch Oxy. 1121 (a. 295 p. Chr.) (Z. 8f.) *ἡ προκειμένη μου μήτηρ Τεχῶσις νόσῳ κατα[β]λ̣[η]θεῖσα κατὰ τὴν ἐμαυτῆς μετριότητα ταύτην ἐνοσοκόμησα καὶ ὑπηρέτησα καὶ οὐκ ἐπαυσάμην τὰ πρέποντα γείνεσθαι ὑπὸ τέκνων γονεῦσι ἀναπληροῦσα.*

[1]) Vgl. Oxy. 907 (Z. 18f.).

[2]) Was die Erziehung der Kinder anbelangt, so wacht darüber die Mutter. Vgl. z. B. Oxy. 1070 (3. Jh. n. Chr.) (wenn nach der CA.). Hier heißt es u. a. (Z. 7): *καὶ γὰρ συ αυτὴ μήτη[ρ] τυγχάνουσα τοῦ τέκνου ἡμῶν μᾶ[λ]λον ἐμοῦ θελήσεις τὴν τούτων πρόν[ο]ι⟨να⟩αν κἂν ἐπανώ[ρθ]ωσιν γ[ε]νέσθαι μετὰ τῆς ἀνυπε̣[ρ]βλήτου κ[η]δεμονίας κτλ.*

[3]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 153. 209/10; v. Mayr, Rg. III S. 54.

[4]) Wir meinen die vicesima hereditatium, von der die Gewaltunterworfenen befreit waren. Vgl. Mitteis a. a. O.; v. Mayr a. a. O. Vgl. ferner Oxy. 1114 (a. 237 p. Chr.) (und dazu Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 32 S. 344). Hier bekennt vor dem Beamten der vicesima procurationis der Witwer M. Aurelius Saras für seine beiden unmündigen Töchter die Intestaterbschaft nach deren verstorbenen Mutter ein und bemerkt, daß die Erbschaft von der vicesima befreit sei. Dies entspricht dem seit Macrinus wiederhergestellten ursprünglichen Recht. Nur wird als Befreiungsgrund von der vicesima nicht die patria potestas, sondern die Verwandtschaft hervorgehoben „Relationship and not poverty was evidently the ground of the claim in the present instance“ (vgl. die Einl. d. Her. zu Oxy. 1114). Zur Sache Kreller a. a. O. S. 106. — Von dem Einflusse der patria potestas auf die *λαογραφία* können wir hier nicht handeln, da diese mit der Diokletianischen Steuerreform unterging. Vgl. Wilcken, Grundz. S. 220. Über die angebliche Kopfsteuer in nachdiokletianischer Zeit vgl. Mitteis, Leipz. Pap. S. 159 Anm. 3.

[5]) Über die Fronden und ihr Verhältnis zur p. p. erfahren wir aus den Papyri dieser Epoche nichts.

durch letztere gegen die Nominierung des Sohnes geschützt".[1]) Nun bestätigt in Leipz. 59 (a. 371 p. Chr.) Aurelios Mikkalos, der Sohn des Aphthonios, die von ihm selbst deponierten *ἐντάγια* über seine eigene, in Leipz. 45 (jünger als 371 p. Chr.) seine Geschwister diejenigen über die von ihrem inzwischen verstorbenen Vater geführte cura vestium[2]) erhalten zu haben, woraus sich ergibt, daß in der 13. Indiktion Vater und Sohn gleichzeitig diese Liturgie geführt haben. Zwar ist aus der Urkunde nicht ersichtlich, ob jener Mikkalos emanzipiert war oder nicht, doch ist die Annahme, daß man ihn auch ohne Rücksicht darauf gleichzeitig mit seinem Vater zu einer Liturgie heranzog, keineswegs von der Hand zu weisen. Wie Mitteis zeigte[3]), wurde nämlich dies den Provinzialen öfters zugemutet, und gewiß waren die Ägypter die letzten, denen gegenüber man vor einer Durchbrechung jenes Prinzips zurückgescheut sein würde.[4])

Ein anderes Gebiet, auf welchem die patria potestas ihre Souveränität äußert, ist das Prozeßrecht. Zur Zeit der Constitutio Antonina galt hier, und zwar im Gegensatz zum Volksrecht der Satz, daß der Haussohn im ordentlichen Verfahren nur gewisse Klagen anstrengen konnte, die in seiner Person entstanden, insbesondere die actio iniuria-

---

[1]) Vgl. Mitteis, CPR. S. 104. Nicht damit hängt die Appellation zusammen, die in Oxy. 1204 (a. 299 p. Chr.) Aurelius Protarchus in bezug auf seine Nominierung zum decemprimus, von der er als vir egregrius befreit zu sein vermeinte, anstellte. Diese Appellation ist durch seinen Vater eingebracht (Z. 3f.) *οὐ δεόντως καὶ παρὰ πάντας τοὺς νόμους ὀνομασθέντος μου ὡς εἰς δεκαπρωτ̣είαν ὑπὸ Αὐρηλίου Δημητριανοῦ δεκαπρώτο̣υ τῆς πρὸς λίβα τοπαρχίας ἔκκλητον πεποίηται διὰ τοῦ πατρός μου Αὐρηλίου Σαραπάμμωνος τοῦ̣ καὶ Διονυσίου καὶ ὡς χρημα(τίζει) τῷ με κατὰ καιρὸν ἐκεῖνον εἶναι ἐν τῇ Μικρᾷ 'Οάσει* und wie d. Her. bemerken „Plutarchus commenced proceedings through his father because the period during which an appeal was allowed was limited cf. (Z. 14) *τῷ καὶ τὰς ἡμέρας τὰς νενομισμένας — παραλελυθέναι* (D. 1, 5, 1).

[2]) Über die cura vestium vgl. Mitteis, Leipz. Pap. S. 158. Mitteis stellte als einen weiteren Fall Leipz. 53 (a. 372 p. Chr.) hierher, wo es sich um Kephalaiotie handelte, die er als Liturgie auffaßte, vgl. dagegen Wilcken, Grundz. S. 410, wo die Gleichstellung *κεφαλαιωταί* = capitularii festgestellt wurde.

[3]) Vgl. die bei Mitteis, CPR. S. 104 Anm. 6 zitierten Stellen.

[4]) Vgl. über die Liturgielast in Ägypten Wilcken, Grundz. S. 355f.

rum, für die eine ausdrückliche Bestimmung des prätorischen Edikts vorlag.[1]) Diese Bestimmung bezog sich jedoch, wie es scheint, nicht auf die Haustochter, die somit in allen ihren Beziehungen auf die Intervention ihres Vaters angewiesen war.[2]) Dagegen konnte der Haussohn Rechte des Vaters, ganz wie im Volksrecht, procuratorio nomine einklagen, wozu die Tochter nur in Ausnahmsfällen zugelassen werden durfte.[3]) Nun ist es bezeichnend, daß wir im ganzen vorhandenen Papyrusmaterial keiner einzigen selbständigen Klage eines Haussohnes begegnen[4]); in Lond. III 983 (S. 229) (4. Jh. n. Chr.), wo eine Injurierung einer Tochter vorliegt (Z. 1f.) *ἐπῆλθεν τῇ οἰκητικῇ μου οἰκίᾳ ἐν τῇ χθὲς ἡμέρᾳ καὶ ὕβρις οὐ τὰς τυχούσας τῇ ἡμετέρᾳ συμβίῳ καὶ τῇ παρθένῳ μου θυγατρὶ ἀνοικίοις καὶ ἐσχροῖς ῥήμασι συνῆψε* geht die Beschwerde mit dem Petit (Z. 11f.) *ἀξιῶν μετακληθῆναι αὐτὴν πρὸς εὔθυναν καὶ ἐκδικίαν* ganz im Einklange mit dem Reichsrecht vom Vater aus. Festgestellt sei außerdem, daß wir in den Papyri dieser Epoche zwar keinen einzigen Fall einer prokuratorischen Stellvertretung des Vaters durch den Haussohn antreffen[5]) (was auf Zufall beruhen kann); eine Tochter

---

[1]) Vgl. Girard a. a. O. S. 143. Über das Edikt, welches in 47, 10, 17 § 10 enthalten ist, vgl. Lenel, Ed. [2] S. 388.

[2]) Girard a. a. O. S. 466/7 Anm. 4, wo über die Handlungsunfähigkeit der Tochter gehandelt wird. Das Edikt „si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur" bezieht sich nur auf den Haussohn. Vgl. den Kommentar von Ulpian 17 § 11 h. t.

[3]) Girard a. a. O. S. 143 Anm. 4 und D. 3, 3, 5 pr.; für die Haustochter 3, 3, 41.

[4]) Klagen von Töchtern liegen vor in Lond. II 240 (S. 277) (a. 346 p. Chr.) eine Beschwerde einer Tochter eines ausgedienten Veteranen, wegen iniuria (Z. 3f.) *παρὰ Αὐρηλίας Ἀτάρις θυγρη Μέλανος οὐετραν*[0] (Z. 7) *ἐμοῦ ἀ[π]ετοῦντος μου τῷ χρεωστῷ χρέως τι μοι ἀνέκλισέν με ἐν τῇ οἰκίᾳ αὐτοῦ κτλ.* und Lond. II 403 (S. 275) (a. 346 p. Chr.) wegen Diebstahls. Doch ist aus den beiden Urkunden nicht ersichtlich, ob der Vater noch lebt.

[5]) Eine Vertretung eines Enkels durch den Großvater begegnet uns in Giss. 34. Hier ist zwar der Vater tot; aber wir wissen nicht, ob der Enkel, welcher den Vater beerbte und Vermögen besitzt, emanzipiert war oder nicht. — Eine Zustellung an den Sohn als einen Hausgenossen finden wir in Straßb. 41 (a. 250 n. Chr.) (= M. Chr. 93). — In Oxy. 1160 (3/4. Jh.), einem Briefe des Vaters an seinen Sohn, erzählt der letztere (Z.16/7): *τηρῶ αὐτὰ εἰς τὴν δίκην τὰ ὑπομνήματα γὰρ μένω.* Aber abgesehen davon, daß hier auch eine Vertretung des Vaters vorliegen kann (Z. 18)

als Vertreterin ihres Vaters tritt uns dagegen in einem *τύπος* aus dem 6. Jh.[1]) Oxy. VI 893 *Τῷ τύπῳ τῶν ἀξιω[.] πίστων ἀνδρῶν — ὑπὲρ Μάρκου ἀπὸ μειζ(όνων) καὶ Μαρίνου στιπποπραγματευτῇ — ὥστε Μαρίνου ἐξουσίαν αὐτοῦ ζητῆσαι τοῦ θε⟨ί⟩ου ὅρκου διὰ Σοφίᾳ θυγατρὶ τοῦ αὐτοῦ Μάρκου ἀπὸ μειζόνων κτλ.* entgegentritt; wenn es auch hier nicht ersichtlich ist, was zu jener Vertretung Anlaß gab, so ist es doch immerhin sehr wahrscheinlich, daß es eben einer der von Paulus in D. 3, 3, 41 namhaft gemachten Gründe gewesen ist.[2]) Im großen ganzen scheint demnach auf diesem Gebiete, wie es auch nicht anders zu erwarten war, sich das Volksrecht nicht behauptet, vielmehr seinen Platz dem hier besonders zur Geltung kommenden Reichsrecht geräumt zu haben.

Wie war es nun mit dem Privatrecht? Ist auch dieses dem Reichsrecht ohne Kampf gewichen oder hat es ihm, ebenso wie das Familienrecht, siegreich Widerstand geleistet? Das römische Recht steht auf dem Standpunkt der Vermögensunfähigkeit des Hauskindes.[3]) Das römische Hauskind kann für sich selbständig nicht erwerben. Welches Bild entrollen uns aber die Papyri? In Oxy. 1268 (3. Jh.) hat eine Gewaltunterworfene ein Haus (Z. 8) [*τὴν ὑπάρχουσαν τῇ*] *τοῦ Πετοσίριος θυγατρὶ Αὐρηλίᾳ Τασεῦτι μητρὸς Τααρ* (Z. 9) [18 Buchstaben *τοῦ πατρὸς ἔχοντος α*]*ὐτὴ⟨ν⟩ ὑπὸ τῇ χειρὶ κ. τ. P. ν.*[4]), in Oxy. 1208 (a. 291) wird einem Gewaltunter-

---

ἔγραψες μοι ὅτι ἐντ[υ]χε κατὰ Πολυδεύκης, wissen wir auch nicht, ob die Parteien Aurelier sind.

[1]) Vgl. dazu Wenger, *Στρωκατεῖς* (Grazer Festgabe zur 50. Vers. deutscher Philol.) 1909 S. 29f.

[2]) feminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita, si forte parentes morbus aut aetas impediat, nec quemquam qui agat habeant.

[3]) Mit der den Provinzialen unverständlichen Vermögensunfähigkeit des Sohnes dürfte folgendes Reskript zusammenhängen. C. 8, 47, 2 (Imp. Antoninus Maroniae): Eius quod in potestate patris agens habuisti dominium ad patrem tuum pertinuit extra ea quae non acquiruntur. Vgl. auch C. 8, 47, 3; C. 8, 45, 14.

[4]) Dazu bemerken die Hsg. mit Recht: „but the fact, that a person *ὑπὸ τῇ χειρί* was at the same time an owner of property shows that the patria potestas was not strictly interpreted in Egypt."

worfenen Eigentum an den bona materna zugeschrieben[1]) (Z. 6) *τοῦ πατρὸς τοῦ και ἔχοντος αὐτον ὑπὸ τῇ χειρὶ κ. τ. ρ. ν.* (Z. 8) *τὸ ὕπαρχον μοι κληρονομικῷ δικαίῳ* (Z. 9) *πρότερον τῆς δηλουμένης μου μητρὸς Αὐρηλίας Ἀρ[τε]μιδώρας* und in der lateinischen Urkunde Oxy. 1114 (a. 237 p. Chr.)[2]) bezeichnet der Vater seine Töchter als Erbinnen, obwohl nach römischem Recht die Erbschaft ihm zukommen würde. In Oxy. 1028 (Z. 7) erwirbt eine Minderjährige durch ihren Vater eine Parzelle (Z. 7/8) *οὐδέπω οὔσῃ τῶν ἐτῶν [διὰ τ]οῦ πατρὸς — πεπρακένα[ι]*, in Grenf. II 49[3]) (a. 220 p. Chr.) (= W. Chr. 248) deklariert der Vater ein *πλοῖον* als Eigentum seines minderjährigen Sohnes (Z. 7) *ἀπογράφομαι — τὸ ὕπαρχον τῷ ἀφήλικι μου υἱῷ — πλοῖον*) und in BGU. II 667[4]) (a. 221/2 p. Chr.) tritt als Verkäuferin eines Hauses eine *ἀφῆλιξ μετά*, nach Krebs' Ergänzung *διὰ ἐπιτρόπου κατὰ τοὺς ν[όμ]ους τοῦ πατρός* auf. Wohl wird in den letzten drei Urkunden das Gewaltverhältnis nicht ausdrücklich hervorgehoben, aber ebensowenig findet sich über eine Emanzipation eine Andeutung und die Wahrscheinlichkeit spricht eher für die erste, als für die zweite Annahme. Aus demselben Grunde werden auch Oxy. 1040 (a. 225 p. Chr.)[5]) und Gen. 9 (v. J. 251 n. Chr.)[6]) in diesen Zusammenhang zu stellen sein. In der ersten Urkunde schließen Aurelius

---

1) Vgl. dazu Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 33 S. 643. Die Zustimmung des Vaters dürfte hier damit zusammenhängen, daß der Vater das Nutzungsrecht, wie es seit Konstantin Rechtens ist, am Vermögen der Mutter hat. Für das Eigentum der Kinder an den bona materna wird vielleicht auch Straßb. 29 (289 p. Chr.) (vgl. dazu jetzt Kreller a. a. O. S. 83) heranzuziehen sein. Hier ist bekanntlich fraglich, wer der Erblasser ist. Nimmt man die Emendierung Wilckens an, daß es der mütterliche Großvater war, dann haben die drei Geschwister das Erbe übernommen (eine andere Vermutung bei Kreller a. a. O. S. 84); unter dieser Voraussetzung würde die Zustimmung des Vaters auch hier aus dem Nutzungsrecht zu erklären sein. Vgl. über das letztere Recht im R. von Gortyn Mitteis, Reichsrecht S. 328/9; Kohler-Ziebarth a. a. O. S. 59; v. Mayr, Rg. IV S. 90.

2) Vgl. zu dieser Urkunde Mitteis, Ztschr. d. Sav.-Stift. 32 S. 378.

3) Vgl. Wenger, Stellv. S. 195.

4) Vgl. meine Vorm. Stud. S. 79/80.

5) Vgl. dazu Kreller a. a. O. S. 66.

6) Vgl. dazu Wenger a. a. O. S. 176.

Pekysis und sein Sohn Petenouphis einen Darlehensvertrag, wobei sie als Sicherungsobjekt ihre *ὑπάρχοντα* (Z. 23f. *παρά τε ἡμῶν [ἀλλ]ηλεγγύων ὄντων εἰς ἔκτεισιν [ἢ πα]ρ' οὗ ἐὰν ἡμῶν αἱρῇ καὶ ἐκ τῶν [ὑπ]αρχόντων ἡμεῖν παντοίων [πάν]των*) hinstellen, und ein ähnlicher Vertrag mit einer ähnlichen Klausel liegt auch der zweiten Urkunde zugrunde (Z. 3f. *ὁμολ[ο]γῶ εἰληφένα[ι δε]δα[νεισμένον παρὰ] σοῦ δάν[ει]ον* (Z. 11f.) *[τῆς] [πράξε]ως [σοι] οὔσης — παρά τε [ἐμοῦ καὶ ἐ]κ τῶν ὑπαρχόντων μοι πάντων*). Sind auch die letztbesprochenen Urkunden zweifelhaft, so besitzen doch die ersten drei sicher Beweiskraft und diese zeigen, daß das volksrechtliche Prinzip, laut dessen das Hauskind eigenes Vermögen besitzen kann, weiterhin fortgelebt und sich dem Reichsrecht gegenüber widerstandsfähig erhalten hat.[1])

Auch in den Formen, in denen in einer Reihe von Fällen die gewaltunterworfenen Söhne bzw. Töchter die mit jener Vermögensfähigkeit verbundene Notwendigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften verwirklichen, kommt das alte Volksrecht wieder zum Ausdruck. In der lateinischen Urkunde Oxy. 1114 (a. 237 p. Chr.)[2]) bekennt der Vater in Vertretung seiner minderjährigen Töchter die Intestaterbschaft nach ihrer Mutter ein, und auch in Oxy. 1268 wird — wenn hierher gehörig — die *οὐδέπω οὖσα τῶν ἐτῶν* bei einem Kauf durch ihren Vater vertreten.[3]) Andere Urkunden betreffen anscheinend Volljährige. In Lond. III 954 (S. 153) (a. 260 p. Chr.) (= M. Chr. 351)[4]) geht der Vater bei einer Pacht eine Stipulation für seine Tochter ein, in Goodsp. 11[5]) (4. Jh. n. Chr.) quittiert der Vater für den Sohn eine Schiffsladung Wein (*Αὐρήλιος Κυρίλλος Ἑρμείου — δι'*

[1]) Die Vermögensfähigkeit des Sohnes als Aurelier in vorcaracallischer Zeit wird illustriert durch Oxy. IV 705 (a. 202 p. Chr.) (= M. Chr. 407), wo der Vater neben dem Sohn Eigentum besitzt. Vgl. zu dieser Urkunde die Einleitung Wilckens a. a. O.

[2]) Vgl. Kreller a. a. O. S. 105.

[3]) Vgl. Mitteis, Sav.-Ztschr. 33 S. 643; die *οὐδέπω οὖσα τῶν ἐτῶν* ist nach dem früher Gesagten ein infans.

[4]) Vgl. Mitteis, Grundz. S. 262.

[5]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 199.

ἐμοῦ τοῦ πατρὸς Ἑρμείου) und in Flor. 75[1]) (a. 380 p. Chr.) (= W. Chr. 433) tritt bei einem Vertrag mit den *ἐπιμεληταί* der Kontrahent Chaeremon ebenfalls durch seinen Vater Phoibammon auf. Auch hier besteht jedoch die bereits obenerwähnte Schwierigkeit, daß das Gewaltverhältnis nicht besonders hervorgehoben wird, obwohl die Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines solchen spricht. In Oxy. 1208 (291 p. Chr.) tritt bei einer Veräußerung der bona materna der gewaltunterworfene Sohn *μετὰ συνβεβαιωτοῦ τοῦ πατρός* auf[2]) und ebenso werden — wieder unter der Voraussetzung, daß sie hierher gehören — in BGU. 667[3]) eine *ἀφῆλιξ* bei einem Kaufvertrage, und in Straßb. 29 die Töchter bei einer Teilung unterstützt.[4]) Wir treffen hier somit die zwei bekannten Formen des Volksrechts, das *διά*- und *μετά*-Handeln, letztere noch mit der Eigentümlichkeit, daß sie nicht nur bei Minderjährigen oder Frauen, sondern auch, wofür Oxy. 1208 zu sprechen scheint, bei volljährigen Gewaltunterworfenen in Anwendung gebracht wird.[5])

Anders dagegen sind die Fälle aufzufassen, wo der filiusfamilias selbständig Rechtsgeschäfte abschließt. Es gehören hierher außer den bereits oben erwähnten Darlehensurkunden: Oxy. 1040 und Gen. 9 noch Grenf. II 87 (a. 602 p. Chr.) und Hamb. 23 (a. 569 p. Chr.). In der ersteren Urkunde verpflichten sich drei Färbereiarbeiter, Aurelius Joannes und seine zwei Söhne, dem In-

---

[1]) Vgl. Wenger a. a. O. S. 257.

[2]) Vgl. dazu Mitteis, Sav.-Ztschr. 33 S. 643 und Lewald (daselbst) 33 S. 634.

[3]) Vgl. meine Vorm. Stud. S. 81.

[4]) Wir behandeln die Fälle der Vertretung der Minderjährigen und Volljährigen zusammen, weil dieser Umstand hier keine solche Bedeutung besitzt wie im Volksrecht. Prädominierend ist hier die patria potestas.

[5]) Nicht ersichtlich ist, ob in BGU. 362 (a. 215 p. Chr.) (= W. Chr. 96) (Abrechnungen aus dem Jupiter Capitolinus-Tempel), wo es in Pag. III 15 [*παρὰ . . .*] *ου καὶ Πάπου ἀφήλ(ικος) διὰ τοῦ πατρὸ*[*ς . . . .*] heißt, der Vertretene Aurelier ist. — Grenf. 49, wo ebenfalls ein Vertretungsfall vorliegt (vgl. oben S. 224), bezieht sich auf das Verwaltungsrecht. — Auf solche Vertretungen im Provinzialrecht bezieht sich vielleicht C. 3, 36, 18 filiae cuius pater nomine res comparavit, si non postea contrarium eius judicium probetur. Vgl. auch C. 3, 50, 2 und dazu Mitteis, Privatrecht S. 167.

haber eines Färberetablissements Färbereidienste mit eigenen Werkzeugen zu leisten[1]), und in der zweiten gehen Aurelius Jeremias und sein Sohn Aurelius Jeremias, Weinbauern aus dem Dorfe *'Ιβιὼν Σεσεμβώθεως* einen Pachtvertrag ein.[2]) Es handelt sich somit in allen diesen Fällen um Verpflichtungsgeschäfte, wozu der Haussohn, mag er unter Hausgewalt stehen oder nicht, nach Reichsrecht vollends fähig ist, und wenn auch das Reichsrecht in diesem Punkte mit ihm übereinstimmt, sind sie doch nicht mehr als Äußerungen des Volksrechts, vielmehr als solche des Reichsrechts anzusehen.[3])

Viele Schwierigkeiten verursachen die Rechtsgeschäfte, die der Vater mit seinem Sohn in den Urkunden dieser Epoche abschließt. Von diesen sind zunächst Grenf. II 71 (a. 244/8 p. Chr.) (= M. Chr. 190) eine Bestellung eines Vertreters zum Vollzug der *δημοσίωσις* eines *χειρόγραφον* über eine Schenkung, Oxy. 1160 (3/4. Jh.), ein Brief eines Sohnes, Rechtsgeschäfte mit seinem Vater betreffend[4]), wie BGU. II 641 (3/4. Jh.)[5]) und Lond. III 962 (S. 210) (a. 254/6 p. Chr.)[6]), Aufträge von Söhnen an ihre Väter enthaltend, als auf Nichtaurelier bezüglich auszuscheiden. Auf Aurelier haben mit Bestimmtheit nur zwei Urkunden Bezug: Lond. III 1210 (S. 173) (a. 264 p. Chr.) und Lond. III 1007b, c (S. 264) (a. 558 p. Chr.). In der ersten quittiert Aurelius Maximianus, von seinem Vater Au-

[1]) Vgl. dazu Berger, Strafklauseln S. 174.

[2]) Beide sind bei der Aufnahme des Vertrages durch den Notar anwesend und haften dem Verpächter bei gegenseitiger Bürgschaft und Vollmacht als Korrealschuldner, wie dies den Bestimmungen der Just. Nov. 99 (v. J. 539) entspricht (Z. 6) *ἀμφοτέρων ἀλληλαναδόχ(ων)*.

[3]) Vgl. Girard, Manuel [5] S. 138/9.

[4]) Vgl. (Z. 1) *κυρίῳ μου πατρὶ 'Ωριγένης Τρόφιμος πολλὰ χαίρειν* (Z. 7) *ἔγραψάς μοι διὰ τῶν σῶν γραμμάτων ὅτι καυχώμενος ἔχ⟨ω⟩ ὄνομα* [ ] *Διοδώρου ὅτι ἔπεμψα σοι ἀργυρία.*

[5]) Vgl. dazu Wenger, Stellv. S. 197.

[6]) Ein Brief des Herakleides an seinen Vater Heroninus mit der Bitte, vom Hirten Atais 200 Drachmen abzunehmen und damit nach Willen zu verfügen. Zur Illustration dieses Papyrus diene noch Lond. III 948 (verso) (a. 257 p. Chr.) und Lond. III 1122b (a. 254/268 p. Chr.), wobei wir aus der ersten Urkunde erfahren „that Herakleides was the son of Heroninus".

relius Heroninus gewisse Weinquantitäten erhalten zu haben (Z. 1) *Αὐρήλιος Μάξιμος διαστολ(εὺς)*[1]) *Ἀντωνίου Φιλοξένου Αὐρηλίῳ Ἡρωνίνῳ*, und der zweiten liegt ein Pachtvertrag eines gewissen Apollos mit seiner Tochter Eudoxia zugrunde (Z. 4f.) *[Αὐρηλίᾳ Ε]ὐδοξίᾳ [θυ]γατρὶ Ἀπολλῶτος τοῦ καὶ Φέλλωτος παρὰ Αὐρηλίου Ἀπολλῶτος τοῦ καὶ Φελλῶτος τοῦ καὶ προειρημένου σου [πατρὸς υἱοῦ] Φοιβάμμωνος — ὁμολογῶ μεμισθῶσθαι — παρά σου.* Leider ist es nicht ersichtlich, ob die Kinder unter Hausgewalt stehen oder nicht, und daher muß die Frage, ob sie für uns dem Reichsrecht oder Volksrecht beizuzählen sind, auch hier unentschieden bleiben.[2])

Nicht ohne Interesse ist Grenf. I 57 (a. 561 p. Chr.), ein fragmentierter byzantinischer Pachtkontrakt.[3]) Dieser Vertrag enthält nach Wilckens Lesung nach der Nennung des Symbolaiographen noch einige Noten und dann die Worte *διὰ Βίκ(τορος) υἱοῦ κτλ.* Wenger vermutet nun, daß der Vertrag durch den Sohn des Pächters in seiner Stellvertretung abgeschlossen worden ist. Trifft diese Vermutung zu, dann hätten wir einen Fall vor uns, wo das Hauskind als Vertreter seines Vaters, wie es im justinianischen Recht ganz gut möglich war, auftritt.[4])

Zum Schlusse einige Bemerkungen über die strafrechtliche Stellung des Haussohnes. Es ist bekannt, daß die Bestimmungen über die Haftung aus Delikten für die Personen sui iuris dieselben sind, wie für die Personen alieni iuris. Der impubes pubertati proximus ist doli capax und daher für seine Handlungen verantwortlich.[5]) Dementsprechend soll auch in BGU. 909 (a. 359 p. Chr.) (= W. Chr. 382) der Haussohn wegen Brandstiftung zur Verantwortung gezogen werden[6]), ohne daß hierbei an ein Hinder-

---

[1]) So nach Grenfell-Hunt, Arch. 4, 553.

[2]) Das Verhältnis zwischen Vater und Sohn wird außerdem illustriert durch Oxy. 988 (3/4. Jh.), Oxy. 1218 (3. Jh.), 1219 (3. Jh.), Fay 135 (4. Jh.), Tebt. II 420 (3. Jh.), Briefe, aus denen jedoch nicht ersichtlich ist, ob sie auf Aurelier Bezug haben oder nicht.

[3]) Vgl. Wenger, Stellv. S. 255.

[4]) Vgl. Mitteis, Privatrecht S. 211.

[5]) Vgl. Girard a. a. O. S. 202.

[6]) Das Alter des Sohnes wird hier nicht angegeben; sonst wird bei

nis aus dem Potestätsverhältnis gedacht wurde. Hier mußten sicher alle ev. lokalen Abweichungen dem Reichsrecht weichen.

III. Umfang der Rezeption der patria potestas.

Wie stellt sich nach diesen Darlegungen die Rezeption der römischen patria potestas in Ägypten dar? Was zunächst den Begriff selbst anbelangt, so hat dieser wohl bei den Provinzialen Eingang gefunden, doch blieb neben ihm die alte Auffassung der patria potestas als Vormundschaft weiterhin bestehen. Diesem Dualismus der Begriffe entspricht ein Dualismus in den Entstehungs- und Beendigungsgründen der väterlichen Gewalt. Neben der römischen Ehe finden wir die volksrechtliche Adoption, neben der zeitlichen Beschränkung und Apokeryxis die römische Emanzipation. Sonst sind die Äußerungen der patria potestas je nach dem Charakter des Rechtsgebietes verschieden. Im öffentlichen Recht wie Verwaltungs-, Straf- und Prozeßrecht hat sie unzweifelhaft ihre volle Wirkung ausgeübt, da die Bevölkerung hier mit Organen in Berührung kam, die die Durchführung und Aufrechterhaltung der Grundsätze des Reichsrechts in erster Linie zur Aufgabe hatten. Anders im eigentlichen Personenrecht. In diesem dem Einflusse der öffentlichen Behörden weit entrückten Gebiet konnte der pater familias ungehindert seine alten volksrechtlichen Befugnisse, wie das Verkaufs- und Verpfändungsrecht, ausüben, und wenn er in manchen Richtungen, wie z. B. bei Verheiratung und Auflösung der Ehe, auch nach reichsrechtlichen Grundsätzen verfuhr, so geschah dies entweder aus dem Grunde, weil sie entweder mit den volksrechtlichen zusammenstimmten oder für ihn eine vielleicht nicht unwillkommene Erweiterung seiner väterlichen Befugnisse bedeuteten. Noch schwächer ist der Einfluß der reichsrechtlichen patria po-

---

Wessely, Patrol. or. IV S. 132 Nr. 6a (= Preisigke, Sammelbuch 2267) in einer Gestellungsbürgschaft ein 20jähriger Verbrecher genannt. In Grenf. I 65 wird auch von einer Strafe eines ἀφῆλιξ gesprochen. Doch kann in dieser Epoche (vgl. Lond. I 113) (Z. 11) darunter auch der minor gemeint sein.

testas im Privatrecht. Das ihr widerstrebende Prinzip der Vermögensfähigkeit des Hauskindes war nicht zu unterdrücken und konnte auch in der Praxis einfach nicht durchgeführt werden. Man hätte denn mit einem Tage dem Sohn sein schwer erworbenes Vermögen entreißen und auf den Vater übertragen müssen. was eine ökonomische Revolution zur Folge gehabt hätte. Mit der Konservierung des Prinzips der Vermögensfähigkeit hat man auch die alten Formen des Volksrechts des *διά-* und *μετά*-Handelns angewendet. Wenn auch alles andere, wie z. B. die Frage der Abschließung der Rechtsgeschäfte des Vaters mit dem Sohn zweifelhaft ist, so spricht doch so manches dafür, daß auch in dieser Richtung das Volksrecht sich zähe festhielt und dem eindringenden Reichsrecht trotzig die Stirne bot.

Verweisungsedikte im prätorischen Album.

Von

Herrn Professor Dr. **Hugo Krüger**

in Münster i. W.

Erste Abteilung.

Allgemeiner Teil.

§ 1. Begriff, Name und Arten der Verweisungsedikte.

I. Das hadrianische Album enthielt eine Anzahl Edikte, in deren Wortlaut auf eine andere Rechtsquelle Bezug genommen ist. Die angezogene Rechtsquelle ist entweder eine lex bzw. ein plebiscitum, z. B. die lex Falcidia, oder ein senatusconsultum oder eine constitutio principis oder endlich ein prätorisches Edikt. Doch kann die Verweisung auch allgemein auf ungenannte Gesetze aller Art[1]) lauten, z. B.: Pacta conventa, quae . . . neque adversus leges plebis

[1]) Das Wort „Gesetz“ gebrauche ich in dieser Abhandlung als eine allgemeine Bezeichnung für leges, plebisscita, senatusconsulta und constitutiones principum.

scita senatus consulta edicta decreta principum . . . facta erunt, servabo (Dig. 2, 14, 7, 7).

Lenel[1]) S. 16 berührt diese Verweisungsedikte nur mit wenigen Worten; er meint, daß sie bloß in solchen Materien vorkommen, „deren Ordnung im wesentlichen auf dem Edikt beruht, wo also Gesetz oder Senatuskonsult nur ergänzend oder beschränkend eingriff und daher auch nur der Vollständigkeit halber mit angeführt wird". Dieses Urteil gründet sich auf die paar Verweisungsedikte, die das Album nach seinem „Wiederherstellungsversuch" enthält. Aber es hat ihrer weit mehr gegeben, und dem Nachweise dessen dient die folgende Abhandlung. Es wird sich auch zeigen, daß Lenel das Gebiet der Verweisungsedikte zu eng begrenzt hat.

II. Die Römer haben aus den Verweisungsedikten eine eigene Gruppe gebildet und sie unter dem Namen: „edicta monitoria" zusammengefaßt. Er bedeutet: „Erinnerungsedikte"; denn sie erinnern an eine andere, bereits bestehende Rechtsquelle oder an eine Mehrheit solcher. Man kann ihn auch übersetzen: „Verweisungsedikte", und diese Bezeichnung ziehe ich vor, weil sie für uns verständlicher ist.

Ein anderer Ausdruck für das monitorische Edikt ist: „Edictum breve", er bedeutet ein kurzgefaßtes Edikt. Kurzgefaßt ist es deshalb, weil es für sich allein nicht verständlich ist, da sein Inhalt aus dem Gesetze, auf das es verweist, zu ergänzen ist.

Diese Bedeutung der genannten Ausdrücke werde ich in den §§ 20—22 zu beweisen suchen.

III. Aus der Masse der Verweisungsedikte heben sich als die wichtigsten die Ausführungsedikte ab. Darunter verstehe ich solche prätorische Ankündigungen, die Vorschriften enthalten, welche einem in ihnen genannten Einzelgesetze oder auch einer Anzahl nur durch eine allgemeine Klausel bezeichneter Gesetze entlehnt sind. Nur wenige Schriftsteller haben das Dasein dieser Ausführungsedikte anerkannt; Lenel verwirft sie grundsätzlich, obgleich sich einige auch bei ihm finden.

---

[1]) Die Anführung Lenels ohne Angabe seines Werkes bezieht sich durchgehends auf sein Edictum perpetuum, 2. Aufl., 1907.

Es gibt deren zwei Arten: Zivil- und mandierte Edikte.

1. Ziviledikte.

Der Prätor wiederholt in seinem Edikt Bestimmungen eines ohnehin für die Bürgerschaft verbindlichen, perfekten Gesetzes, oder er verheißt eine zivile actio noch besonders. Solche Edikte hat man Ziviledikte genannt; ich behalte diesen wegen seiner Kürze empfehlenswerten Ausdruck um so lieber bei, als er andeutet, daß die Bekanntmachung des Prätors das Gesetzes- oder zivile Recht nur in Erinnerung bringt.

2. Mandierte Edikte.

Das Gesetz hat gewisse Normen aufgestellt, aber nicht so, daß es unmittelbar der Bürgerschaft ihre Befolgung vorschreibt, sondern es hat den Jurisdiktionsmagistrat angewiesen, Edikte mit dem gesetzlichen Inhalt zu erlassen. Das vom Prätor in Ausführung des Auftrags aufgestellte Edikt schafft reines Amtsrecht, und daneben besteht kein jus legitimum oder jus civile; nur ist der Prätor nicht, wie sonst, selbstschöpferisch, von etwaigen eigenen Änderungen und Zusätzen abgesehen. Diese Edikte kann man Ausführungsedikte nach Anweisung oder kürzer aufgetragene oder mandierte Edikte nennen.

3. Die Ausführungsedikte in ihren beiden Arten können den römischen Juristen nicht verborgen geblieben sein; ihre Besonderheit gegenüber den selbständigen Edikten des Prätors muß ihnen aufgefallen sein. Zwar ist ein ausdrückliches Zeugnis dafür nicht erhalten, aber als indirektes kann Gajus 4, 110 und 111 (mit Inst. Just. 4, 12 pr.) gelten. Der Jurist scheidet die actiones in zwei Gruppen: quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur und quae ex propria ipsius jurisdictione pendent. Nun führt er im § 111 als Beispiele der letzteren nur solche an, die auf selbständigen Edikten beruhen; folglich hat er die aus Gesetzen nur mittelbar hervorgehenden zu der ersten Gruppe gerechnet. Es stecken also in der ersten Gruppe sowohl sog. actiones civiles, als auch echte actiones honorariae; letztere sind die in den mandierten Edikten verheißenen.[1]) Da ferner Gajus in beiden

[1]) Dazu Ehrlich, Beitr. z. Theorie der Rechtsqu. 1, 118: Bei

Paragraphen davon spricht, daß der Prätor actiones „dat“, so hat er dabei an die das judicium verheißenden Edikte gedacht; folglich ist das accommodare actiones im § 110 nicht bloß auf die ediktalen Klagformeln, sondern zugleich auf die Ausführungsedikte zu beziehen. Also trennt er in Gedanken Ausführungs- und selbständige Edikte. Dieses Ergebnis wird durch die Institutionen Justinians bekräftigt. In 4, 6, 3 steht ebenfalls die obige Einteilung der Aktionen, und die in den §§ 4—13 folgende Liste derjenigen, quas praetor ex sua jurisdictione comparatas habet, ist viel reichhaltiger als die gajanische (s. dazu Theophilus zu Inst. 4, 12). Um so bemerkenswerter ist es, daß keine der aufgezählten Aktionen in einem Ausführungsedikt angekündigt worden ist.

Erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhange den bekannten Ausspruch Papinians in Dig. 1, 1, 7, 1, daß das jus praetorium juris civilis adjuvandi gratia eingeführt sei. Man hat mit ihm nichts Rechtes anzufangen gewußt[1]; bezieht man ihn auf die Ausführungsedikte, so erhält er Sinn. Diese Beziehung ist aber erlaubt, weil nach Papinian in L. 1 pr. ibid. leges, senatusconsulta und decreta principum Quellen des jus civile sind.

IV. Die übrigen Verweisungsedikte, die also nicht zu den Ausführungsedikten im obigen Sinne gehören, sind selbständige Schöpfungen des Prätors; durch sie führt er seine eigenen gesetzgeberischen Gedanken aus. Auch von ihnen lassen sich zwei Gruppen bilden. Die eine umfaßt diejenigen Edikte, in denen auf gesetzliche Ausnahmen hingewiesen wird, in die zweite fallen die sonstigen Fälle von Verweisungsedikten.

1. Edikte mit gesetzlichen Ausnahmen.

Wie der Prätor mittels der sog. Ziviledikte Gesetzesbestimmungen in sein Album aufgenommen hat, um daran,

---

Gajus hätte der Gegensatz actio civilis und actio honoraria Ausdruck finden müssen, wenn er ihn gekannt hätte. Aber vielleicht schließt Ehrlich zuviel; denn Gajus kann die obige Einteilung für die wichtigste gehalten haben, oder sie war den Römern geläufiger. Die eine Einteilung schließt jedenfalls andere nicht notwendig aus.

[1]) Siehe P. Krüger, Gesch. d. Quellen 38 in N. 17.

wie wir nachher sehen werden, Einschränkungen und Ausnahmen kraft eigener Machtvollkommenheit zu knüpfen, so hat er auch umgekehrt selbständige Edikte erlassen, in denen er sich entgegenstehenden, sei es bestimmten, sei es nicht näher bezeichneten Gesetzen ausdrücklich unterwirft. An sich wären solche Klauseln nicht nötig gewesen; denn der Prätor war ohnehin den Gesetzen unterworfen[1]), seine Edikte waren also an die Schranken der Gesetze gebunden. Aber er hielt es für zweckmäßig, die gesetzlichen Ausnahmen, denen sein Edikt unterlag, besonders hervorzuheben, um so etwaigen Mißverständnissen der Bürgerschaft vorzubeugen und sich selbst zu schützen; denn er mußte ja nach dem von ihm veröffentlichten Edikt Recht sprechen, und man hätte darum gegen ihn geltend machen können, daß sein Edikt Ausnahmen nicht erwähne. Will man für derartige Edikte mit Verweisung auf gesetzliche Ausnahmen eine kürzere Bezeichnung wählen, so mag man sie beschränkte Edikte nennen.

Im folgenden zähle ich sie auf.

a) Ex quibus causis majores 25 annis in integrum restituuntur (Lenel § 44).

Am Schlusse des Edikts steht die Generalklausel: „quod ejus per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit“ (Dig. 4, 6, 1, 1). Ulpian L. 28 § 2 D. h. t. legt sie aus und wird Beispiele gegeben haben; überliefert ist kein einziges.[2])

b) De pactis (Lenel § 10) nach Dig. 2, 14, 7, 7.

Von den erlaubten und unerlaubten pacta handelt Ulpian L. 7 §§ 13ff. D. h. t. (Lenel 65 N. 4).[3])

c) Ne quid in loco publico vel itinere fiat (Lenel § 237) nach Dig. 43, 8, 2 pr.

d) Ferner möchte ich das generale edictum De injuriis (Lenel § 190) hierher stellen. Die geschichtliche Entwick-

[1]) Wlassak, Prozeßges. 1, 1ff.; P. Krüger a. a. O. 36 N. 14.

[2]) Karlowa, Röm. Rechtsgesch. 2, 1090.

[3]) Nebenbei eine Frage: Lehnt sich Ulpian L. 7 § 14 an das Ediktswort „edicta“ an, wenn er auf pacta kommt, die dem prätorischen Recht zuwiderlaufen? So Karlowa, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 9, 206; dawider Lenel, Sav.-Z. 2, 56 N. 116; s. auch unten § 7 II 1.

lung des Delikts ist bekanntlich unklar; ich beschränke mich deshalb darauf, meine eigene Ansicht, die ich aus den Quellen und der Literatur gewonnen habe, vorzutragen.

Das edictum generale lautete m. E. etwa so:

Injuriis aestumandis judicium dabo[1]) praeter eas, quae lege Cornelia[2]) comprehensae sunt. Qui autem[3]) injuriarum agit, certum dicat, quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit.[4])

Damit war es zu Ende.[5])

Die lex Cornelia hat sich nicht nur, wie Mommsen, Röm. Strafr. 785 meint, mit der Zusammensetzung des Gerichts, sondern auch mit dem Delikt selbst zu schaffen gemacht. Denn sie hat für die Realinjurien die Privatklagen (die der XII Tafeln und die prätorische) abgeschafft und ein judicium publicum eingeführt.[6]) Der Prätor mußte also von seiner allgemeinen Verheißung der actio aestimatoria die Tatbeleidigungen ausdrücklich ausschließen, gleichviel in welcher Weise; meine obige Fassung soll nur ein Beispiel sein. Erst in spätklassischer Zeit lassen die Kaiser die prätorische Klage auch für die Kornelischen Fälle zu.[7])

Die sachlich unerläßliche Ausnahme des Edikts wird auch äußerlich beglaubigt. Ulpian hat ausweislich dreier Fragmente (Dig. 47, 10, 1; 3; 5) die Lehre von den gesetzlichen (nicht prätorischen) Bestimmungen über die Injurie,

---

[1]) Nach Gellius 20, 1, 13; nur judicium statt recuperatores nach Gajus 3, 224 und anderen Quellen; s. Girard, Mélanges Gérardin 275.

[2]) Hinzuzufügen: „et senatus consulto . . .“? s. Paulus Dig. 47, 10, 6 und Ulp. L. 5 § 10, § 11 ibid.

[3]) „Autem“ setzt, was längst bemerkt, einen Vordersatz voraus.

[4]) Coll. 2, 6, 1; s. Lenel a. a. O.

[5]) So auch Girard 280; s. noch die folgende Anm. 6.

[6]) Girard 278ff.; dagegen Lenel S. XIV. Die von Paulus Coll. 2, 6, 4 (lückenhaft) mitgeteilte Formel: „Quod Auli Agerii mala pugno percussa est“ kann danach nicht im Album des praetor urbanus gestanden haben (Girard 281). Hätte sie aber dort Platz gefunden, so gehörte sie nicht in das generale edictum, in das sie Lenel stellt, sondern in ein Spezialedikt; denn das Album hat für die einzelnen Injurienarten Einzeledikte gehabt.

[7]) Girard 279 N. 1.

insbesondere vom judicium ex lege Cornelia in seinem lib. 56 ad edict. bearbeitet; der eigentliche Kommentar zum Edikt De injuriis beginnt erst mit dem lib. 57 (Lenel 384 N. 2). In derselben Weise hat Paulus, wie aus L. 2, 4 und 6 Dig. h. t. zu schließen, längere Ausführungen der Ediktserläuterung vorausgeschickt. In solchen Vorerörterungen über ein Gesetz ist ein Anzeichen dafür, daß das Edikt ein Verweisungsedikt gewesen ist, zu sehen (s. unten § 4).

e) Schließlich wäre noch das Edikt über die Publiciana zu erwähnen; s. unten § 21, II, 1, b.

2. Sonstige Verweisungsedikte.

a) Ut in possessionem legatorum servandorum causa esse liceat; es enthielt nach Lenel § 173 die Worte: „ex edicto meo“.

b) Edikte im Sinne bloßer Bekanntmachungen waren auch die Titelrubriken des prätorischen Albums und die Schemata für Klag-, Exzeptions- und Stipulationsformeln. Von solchen sind hier zu nennen die Rubrik Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur mit der hierunter stehenden Formel der exceptio (Lenel § 279) und die Rubrik Si cui plus quam per legem Falcidiam mit dem Stipulationsentwurf (Lenel § 284).

Normengebende Edikte dieser Art sind bisher nicht bekannt; ich werde aber im § 4 unter II, 2, b α (S. 248) nachweisen, daß der genannten Stipulationsformel ein den Stipulationszwang ankündigendes Edikt entsprach.

§ 2. Ziviledikte.

Die heutigen Gelehrten sind den Ziviledikten nicht günstig gesinnt. Grundsätzlich ist für ihre Möglichkeit, soweit ich sehe, nur G. Hartmann[1]) eingetreten, und er hat auch einige Beispiele angeführt (unten § 8). Die meisten verwerfen sie, und zwar sind es zwei Gründe, die man gegen ihr Vorhandensein geltend macht. Der gewöhnliche Grund ist der, daß sie überflüssig seien; Wlassak[2]) geht aber noch weiter, indem er sie für unmöglich erklärt. Zu beiden Ansichten muß ich Stellung nehmen.

[1]) Gött. gelehrte Anzeigen 1882, 873. [2]) Prozeßges. I, 47 f.

I. Unmöglich sollen die Ziviledikte nach Wlassak deswegen gewesen sein, weil der Magistrat dem Volksrecht unterworfen war; hätte der Prätor versucht, ein solches Edikt aufzustellen, so wäre er „der Lüge und Anmaßung bezichtigt worden und obendrein vom Spotte nicht verschont geblieben". Beides halte ich nicht für zutreffend.

1. Zweifellos war der Magistrat dem Gesetze unterworfen (oben S. 234 N. 1), aber Gebundenheit des Prätors an das Gesetz und Aufstellung von Ziviledikten kreuzen sich nicht, sondern gehen nebeneinander her. Wlassak läßt sich offenbar von der Auffassung leiten, daß das prätorische Edikt eine Rechtsquelle ist, und daß aus dieser Quelle kein Rechtssatz hervorgehen kann, der schon im Gesetzesrecht begründet ist, daß mit andern Worten der Prätor nichts vorschreiben kann, was bereits das Gesetz vorgeschrieben hat. Aber das Edikt eines jeden Magistrats war nach Ursprung und Grundgedanken nichts weiter als eine öffentliche Bekanntmachung an das Volk.[1]) Und wenn auch Mommsen[2]) lehrt, daß unter den Begriff des Edikts nicht jede Kundmachung fällt, so beschränkt er ihn doch nicht auf eigentliche Befehle, sondern läßt er jede dem Publikum zur Nachachtung gemachte Mitteilung als Edikt gelten. Auch nach dieser Begriffsbestimmung ist nicht einzusehen, warum der Prätor nicht durch Edikt an eine Gesetzesbestimmung erinnern durfte. Jeder Magistrat hatte das jus edicendi natürlich nur innerhalb seines Amtskreises; die Provinz des Prätors war die Rechtspflege, und ihr dienten zweifellos auch die Ziviledikte. Welches Verfassungsgesetz oder auch nur welches verfassungsrechtliche Bedenken hätte ihn davon abhalten sollen, seinerseits ein Gesetz oder den Abschnitt oder Paragraphen eines Gesetzes noch einmal bekanntzumachen? Sein Edikt wäre vielleicht unnütz, aber sicher doch unschädlich gewesen, und daher hätte sich schwerlich jemals ein Volkstribun gefunden, der gegen das Edizieren interzediert hätte. Das prätorische Edikt hatte sich gewiß zu einer Rechtsquelle, und zwar zu einer sehr bedeutsamen, entwickelt, aber darum war es doch dem

---

[1]) Girard-Mayr 1, 43. [2]) Röm. Staatsr., 3. Aufl., 1, 202.

Prätor nicht verwehrt, Rechtsedikte zu erlassen, die keine Rechtsquellen waren.

Natürlich wird der Prätor tatsächlich nicht ohne Not ein bereits veröffentlichtes Gesetz noch einmal anschlagen; er wird es nur tun, wenn er es für zweckmäßig erachtet, wenn die Wiederholung verständig ist. Aber was auch im Einzelfalle sein Grund für eine erneute Bekanntmachung des Gesetzesrechts gewesen sein mag, sie fiel immer in den Rahmen seines officium und seines jus edicendi.

2. Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft sich Wlassak[1]) auf einige Digestenstellen, welche zeigen, wie die klassischen Juristen unnötige Edikte des Prätors beurteilt haben, nämlich Dig. 4, 9, 3, 1 und 7, 1, 13, 2; aber seine obigen Behauptungen bestätigen sie nicht. Sie enthalten nicht die leiseste Andeutung, daß der Prätor etwas Unerlaubtes getan habe, aber auch keinen Vorwurf der Lüge oder Anmaßung und nicht Spott[2]); nur Verwunderung spricht Pomponius in dem ersten Zeugnis aus. Wohl aber bemühen sich nach beiden Stellen die römischen Juristen, wie es auch unsere Aufgabe ist, um eine Erklärung des anscheinend überflüssigen Edikts. Möglich, daß ihre Versuche nicht das Richtige getroffen haben; wer wollte auch die wahren Gründe eines vielleicht weit zurückliegenden Vorganges aufdecken, wenn jegliche Nachrichten fehlen? Die Römer waren sich der Unmöglichkeit bewußt (Julian Dig. 1, 3, 20), und auch wir sollten uns diese Wahrheit gegenwärtig halten. Zu Gajus' Zeit wußte man nicht mehr, wozu die legis actio per condictionem eingeführt war, da ja andere Legisaktionen zu Gebote gestanden hätten (Gajus 4, 20), und wir wissen es bis heute nicht: Will man deswegen im Ernste glauben, die neue Prozeßart sei ohne vernünftige Gründe geschaffen worden?

II. Die Besprechung der vorher genannten Digestenstellen nötigte dazu, der Frage der Überflüssigkeit der Ziviledikte vorzugreifen. Es liegt auf der Hand, daß der Prätor nicht das ganze Gesetzes- und Zivilrecht in sein Album

---

[1]) Prozeßges. 1, 48; dazu Wlassak, Edikt 13f.

[2]) S. z. B. noch Labeo bei Ulp. Dig. 2, 14, 7, 10.

aufgenommen hat. Aber im einzelnen Falle konnte es ihm ratsam erschienen sein, eine Ausnahme zu machen. So, wenn er einer gesetzlichen Bestimmung einen erweiternden oder beschränkenden Zusatz beizufügen hat; dann ist es zweckmäßig oder sogar nötig, daß er im Edikt den Gesetzeswortlaut voranstellt, um daran seine Satzung zu knüpfen[1]); oder er schiebt, wenn es sich machen läßt, in das Satzgefüge des Gesetzes einige Worte ein. Ordnet er innerhalb einer gesetzlichen Materie mehrere selbständige Punkte neu, wie beim furtum, so gebietet die Rücksicht auf das große Publikum, an das er seine Bekanntmachung richtet, die Regelung der ganzen Materie im Zusammenhange vorzuführen. Die Bürgerschaft wird ihm Dank wissen, wenn sie das geltende Recht vollständig und in bequemer Übersicht zusammengestellt findet, und wenn sie aller Zweifel enthoben ist, was der Prätor vom Gesetzes- oder Zivilrecht noch weiter anwenden wird.[2]) Daß der Edizent Mißverständnisse wirklich befürchtete, zeigen die selbständigen Edikte mit gesetzlichen Ausnahmen; denn, wie ich oben S. 234 bemerkte, war die Erwähnung dieser Ausnahmen nicht nötig, aber ihre Entbehrlichkeit hat den Prätor doch nicht abgehalten, sie zu machen.

III. Dadurch, daß der Prätor Gesetzes- oder Zivilrecht in sein Edikt aufnimmt, wird es nicht prätorisches Recht; er erinnert ja nur aus welchen Gründen auch immer an jenes Recht. Wenn er demnach die actio operarum mit den Worten: „judicium dabo“ ankündigt, so verliert sie damit

[1]) Ähnlich hat es die lex Falcidia in beiden Kapiteln gemacht (Dig. 35, 2, 1 pr.). Sie bestätigt zunächst das alte, auf die XII Tafeln zurückgehende Recht des Testators, zu legieren, wie er will, und bringt dann erst die Ausnahme. Die lex Furia testam. und die Voconia werden nicht durch die ersten Sätze der beiden falzidischen Kapitel aufgehoben, sondern, da jene Gesetze nur das capere verboten (Gajus 2, 225; 226), erst durch die Schlußbestimmung. Erinnert sei auch an Art. 55 des E.-G. zum BGB. in Verbindung mit dem durch Gesetz vom 20. 12. 1873 ergänzten Art. 2 der Reichsverfassung.

[2]) Eine Parallele aus heutiger Zeit: Als die Einführung des BGB. f. d. Deutsche Reich Änderungen des HGB. und der ZPO. nötig gemacht hatte, wurden diese nicht allein veröffentlicht, sondern die Gesetze selbst in neuer Fassung.

nicht ihren zivilen Charakter. Man darf sie auch nicht etwa als actio civilis honorariaque[1]) bezeichnen; denn den Römern war Name und Vorstellung fremd.

§ 3. Mandierte Edikte.

I. Auf Grund einer lex.

Leges und plebisscita geben regelmäßig Vorschriften, welche Bürger und Magistrate unmittelbar binden. Bisweilen aber richten sie ihre Befehle nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an die Magistrate, insbesondere an die Jurisdiktionsbehörden, indem sie diese anweisen, in bestimmter Weise Recht zu sprechen.

Zu der letzteren Gruppe gehören m. E. alle leges imperfectae. Manchmal enthalten sie eine Aufforderung zur denegatio actionis, öfters geben sie kein Zwangsmittel an, aber der Gesetzgeber erwartet solche von dem das Gesetz ausführenden Magistrat.

Der Wortlaut einer anweisenden lex[2]) ist im Fragm. De judiciis erhalten:

> Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita jus dicere judicium reddere praetor jubeatur, ut ea fiant, quae . . .

II. Auf Grund eines senatusconsultum.

Der Senat erteilte durch Beschluß den Magistraten Weisungen mit dem verschiedensten Inhalt. Er schreibt entweder einmalige Amtshandlungen vor, oder er zeichnet allgemeine Richtlinien für die Amtstätigkeit überhaupt. Soll neues Recht entstehen, so entwirft er es das eine Mal nur in großen Zügen, ein anderes Mal regelt er es bis ins einzelne. Dazu tritt dann die Anweisung an die Jurisdiktionsmagistrate; sie geschieht bald ausdrücklich, bald versteckt sie sich hinter der Fassung der Norm oder nimmt auch die Form einer bloßen Meinungskundgabe an.[3]) Beispielsweise

---

[1]) In einem andern Sinne verwendet Bekker, Aktionen 1, 152, diesen Ausdruck; s. dawider Wlassak, Krit. Stud. 39.

[2]) S. P. Krüger, Gesch. d. Quellen 93 N. 4.

[3]) Obige Schilderung steht unter der Voraussetzung, daß der erhaltene Wortlaut der Senatsschlüsse vollständig ist. Es wäre denkbar, daß eine allgemeine Schlußklausel, welche eben die ausdrückliche Anweisung enthielt, nicht mitüberliefert ist.

heißt es im sc. über Asclepiades und Genossen (Bruns 1 Nr. 41), lin. 4 und 5 der ergänzten lateinischen Inschrift:

Sei qua judicia de eis absentibus . . . facta sunt, ea uti in integrum restituantur et de integro judicium ex s(enatus) c(onsulto) fiat.

Am Schluß trägt der Senat den Konsuln auf, gewissen Provinzialmagistraten mitzuteilen:

senatum velle et aequom censere ea ita fierei ita u(tei) e(is) e r(e) p(ublica) f(ideque) s(ua) v(ideatur).

Eine eigentliche Anweisung fehlt auch im sc. Vellaeanum (Dig. 16, 1, 2, 1):

arbitrari senatum recte atque ordine facturos[1]), ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea senatus voluntas servetur.

Unmittelbar dagegen wird der Prätor in der Weise aufgefordert, daß er sein Augenmerk darauf richte (animadvertere[2])) oder dafür sorge (curare, operam dare), daß dem Willen des Senats Genüge geschieht, beides z. B. im sc. de philosophis (Bruns 1 Nr. 38):

ut M. Pomponius praetor animadverteret curaretque, uti [andere Lesart: ut si] ei e re publica fideque sua videretur, uti Romae ne essent.

III. Der in einer lex ausgesprochenen Weisung muß der Prätor nachkommen, nur daß er natürlich abweichen kann und wird, wenn er es glaubt verantworten zu können, oder wenn der Senat dazu seine Genehmigung erteilt. Die Senatsschlüsse dagegen sind nicht so gefaßt, daß sie die Gebundenheit des Prätors ergeben. Es ist nämlich üblich, daß der Senat seiner Aufforderung an den Magistrat, welcher es auch sei, die Worte hinzufügt: „si ei videbitur".[3]) Das ist keine Höflichkeitsphrase, sondern der Senat will dem

---

[1]) Dieselbe Wendung in dem Senatsschluß, welcher dem Prokonsul das Amtsantrittsedikt vorschreibt, bei Ulp. Dig. 1, 16, 4, 4.

[2]) Entsprechend sagt auch der Prätor manchmal im Edikt: animadvertam. In dem strafrechtlichen Senatsschluß bei Ulp. Coll. 15, 2, 1 wird bestimmt, ut in eum (den Täter) animadvertatur; dazu Wlassak, Prozeßges. 2, 181.

[3]) Mommsen, Röm. Staatsr. 3, 1027 N. 2; s. die Beispiele in der obigen Nr. II.

Beamten wirklich nur die Anregung geben, pflichtmäßig zu prüfen, ob er seine Amtsverwaltung der Meinung des Senats anpassen soll. Es kommt darin die ursprüngliche Stellung des letzteren als bloßer Beirat der Magistrate zum Ausdruck; als Gesetzgeber aufzutreten oder durch ein Machtwort in die Rechtsprechung des Prätors einzugreifen[1]), war der Senat, wenigstens in republikanischer Zeit, ohnehin nicht berechtigt. Erklärt er sich für eine Rechtsneuerung, so schiebt er mit obiger Klausel dem Prätor die Verantwortung für sie zu, und darum wird sie zugleich den Sinn gehabt haben, daß dem Prätor Spielraum gelassen werden soll. Andererseits erhält dieser nach den nichtjuristischen Quellen[2]) durch den Senatsschluß einen zwingenden Befehl, und er selbst sieht sich ebenfalls für gebunden an, was aus dem Edikt: „Uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem dare oportebit“ (Dig. 38, 14, 1 pr.) erhellt. Das ist der Abschluß einer Entwicklung, derzufolge die Stellung des Senats gegenüber den Magistraten mehr und mehr erstarkte, „aber der Keim dazu liegt in der Institution selbst“.[3])

IV. War eine anweisende lex oder ein ebensolches senatusconsultum ergangen, so verstand es sich für den beauftragten Prätor von selbst, daß er ein entsprechendes Edikt erließ. Mit Recht sagt Kipp[4]), daß die Anweisungen an den Prätor dem Senate die Handhabe gaben, das Edikt zu beeinflussen, und an anderer Stelle[5]), daß in der Kaiserzeit das Edikt neue Bestandteile erhielt, namentlich zur Ausführung neuer zivilrechtlicher Vorschriften, wie z. B. des sc. Trebellianum. Diese Auffassung ruht auf guten Gründen.

1. Ohne Ausführungsedikt fehlt die Vorschrift an die Bürger, ihre Handlungen nach dem, was fortan Rechtens sein soll, zu richten; auch hierauf hatte Kipp[6]) aufmerksam gemacht. Die anweisenden Gesetze wenden sich eben nur

---

[1]) Vgl. dazu Mommsen 3, 1063ff.

[2]) Z. B. Cic. ad Att. 5, 21, 11; Liv. 39, 18; 41, 9; 43, 2; dazu E. Weiß, Studien 136ff.

[3]) Mommsen 3, 1032.

[4]) Gesch. d. Quellen, 3. Aufl., 61.

[5]) Ebenda 56 N. 18.

[6]) Ebenda 62.

an die Magistrate, und was der Gesetzgeber diesen in der Dienstvorschrift sagt, darum brauchen sich strenggenommen die Privaten nicht zu kümmern; ja, um die Senatsschlüsse können sie sich gar nicht kümmern, da diese regelmäßig nicht veröffentlicht werden, außer eben durch das Edikt des angewiesenen Magistrats.[1])

Das Gesagte gilt sowohl dann, wenn das Gesetz allgemeine Vorschriften gegeben wissen will, als auch in dem Falle, daß bestimmten Personen Vergünstigungen zugewendet werden, wie in dem oben S. 241 erwähnten sc. über Asclepiades und Genossen. Denn wenn ihnen die in integrum restitutio erteilt werden soll, so berührt die vom Provinzialmagistrat bewilligte auch deren Schuldner, und darum empfahl sich die öffentliche Bekanntmachung des Statthalters: „. . . in integrum restituam"; mit Rücksicht auf den annus restitutionis utilis werden noch die nächstfolgenden Prokonsuln das Edikt übernommen haben.

2. Ein Ausführungsedikt war unumgänglich, wenn sich der Prätor dafür entschied, in einem Einzelpunkte von der ihm erteilten Weisung abzuweichen oder einen Zusatz zu der Senatsnorm zu machen, wie es tatsächlich vorgekommen ist (s. z. B. unten § 18 unter VI).

3. Ein Beispiel für einen anweisenden Senatsschluß und das daraufhin ergangene Edikt des Prätors liefern die Steine De campo Esquilino (Bruns 1 Nr. 44). Einen Ausnahmefall wird man hier nicht annehmen.

V. Durch die mandierten Edikte ward die lex oder das senatusconsultum Bestandteil des edictum perpetuum, sicher materiell, weil Gesetz und Edikt im wesentlichen übereinstimmten; aber ebenso formell, weil der Prätor in seinem Edikt das Gesetz ausdrücklich genannt, wahrscheinlich sogar dessen Wortlaut dem Edikt angehängt hatte. Unmittelbare Rechtsquelle war, wie schon oben S. 232 erwähnt, nur das Edikt, das neue Recht war also jus praetorium und nicht civile.[2]) Aber freilich sehen die römischen

[1]) Mommsen 3, 1014 N. 6.

[2]) Vgl. dazu die Ausführungen Wlassaks, Edikt 12, über die bon. poss. unde legitimi.

Juristen daneben auch die vom Volk oder Senat getroffene Verwaltungsmaßregel als privatrechtliche Rechtsquelle an: Gajus rechnet zu den actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, auch diejenigen, welche der Prätor auf Anweisung verheißen hat (oben S. 232), und Papinian nennt leges und senatusconsulta schlechthin als Quellen des jus civile (oben S. 233). Das Verhältnis zwischen dem ausführenden Edikt und dem anweisenden Gesetz ist ähnlich demjenigen zwischen Senatsschluß und oratio principis; beidemal nehmen die Römer eine Doppelheit der Rechtsquellen an. Nichtsdestoweniger hat das so geschaffene Recht nur einen Charakter: Dort ist es jus honorarium und nicht jus civile, hier Senats- und nicht Kaiserrecht.

VI. Erwägt man recht, daß, wo Senatsschluß und prätorisches Edikt zusammentreffen, jener ein Anweisungsgesetz und dieses ein mandiertes Edikt ist, so wird man meine Vermutung, daß am Kopfe des Albums ein mandiertes Edikt stand, für gesichert halten. Bekanntlich ließ Hadrian mittels einer oratio das von Julian entworfene edictum perpetuum durch einen Senatsschluß bestätigen (Const. Tanta und *Δέδωκεν* § 18); danach muß der Senat dem Prätor die Anweisung gegeben haben, dieses Gesamtedikt aufzustellen (s. Kipp a. a. O. 58; vgl. auch E. Weiß, Studien 141). Demzufolge veröffentlichte es jeder neu antretende Prätor mit dem Eingangsedikt. „Gemäß dem nachfolgenden Gesamtedikt werde ich ex senatus consulto . . . consulibus facto Recht sprechen.“

Nur so erklärt sich die unbestrittene Tatsache, daß der Senatsschluß das prätorische Recht nicht zum jus civile gemacht hat. Und da jeder neue Prätor das hadrianische Edikt als sein eigenes veröffentlichte, erhielt sich insoweit sein jus edicendi.[1]) Formell gab es also immer noch ein Edikt des praetor urbanus und eins des praetor peregrinus (Gajus), aber beide waren inhaltlich gleich. Alles dies ergibt sich aus meiner Vermutung von selbst und bestätigt sie daher.

VII. Wie es anweisende leges und senatusconsulta gegeben hat, so lassen sich auch anweisende Kaiserkonstitu-

---

[1]) Girard-Mayr 59.

tionen nachweisen (unten § 19). Daß der Prätor sie ebenfalls in sein Edikt überführte, ist nach Obigem nur natürlich. Und zwar gilt dies für die Zeit vor wie nach der hadrianischen Ediktsfestlegung.

§ 4. Anzeichen von Verweisungsedikten.

I. Ausführungsedikte.

Die Quellen sagen nirgends, daß es Ausführungsedikte gegeben hat. Ferner ist ein Ediktswortlaut, der das Edikt ohne weiteres als Ausführungsedikt erkennen läßt, nur selten überliefert. Die letztere Tatsache ist erklärlich. Die Ediktskommentare brachten neben dem Wortlaut des Ausführungsedikts auch denjenigen des ausgeführten Gesetzes. Für Justinians Gesetzgebung genügte ein Wortlaut, und die Kompilatoren zogen den Gesetzestext dem Ediktstexte vor. So haben sie es nachweislich bei dem Edikt De jurisdictione gemacht (unten S. 253 ff.).

Mangels direkter Überlieferung sind wir auf Anzeichen angewiesen, und zum Glück mangelt es an solchen nicht ganz, wie wir bereits sahen.

1. Ziviledikte.

Der Prätor hat ein perfektes Gesetz oder ein Zivilrechtsinstitut in Einzelpunkten abgeändert oder einen Zusatz zu ihm gemacht; dann ist die Annahme eines Ziviledikts gerechtfertigt (oben S. 239).

2. Mandierte Edikte.

Wenn ein Gesetz nachweislich eine Aufforderung an den Prätor enthält, seine Jurisdiktion in bestimmter Weise zu betätigen, insbesondere durch datio oder denegatio actionis, so liegt hierin ein deutlicher Fingerzeig, daß er ein entsprechendes Edikt proponiert hat (oben S. 232 und 240 ff.).

II. Verweisungsedikte überhaupt.

Nach Lenels Feststellungen finden sich in den Ediktskommentaren häufig am Anfange eines Ediktstitels längere Ausführungen über die Materie, in die das Edikt eingegriffen hat, ohne daß diese Ausführungen durch das Edikt, so wie es bisher rekonstruiert worden ist, gefordert oder auch nur nahegelegt werden. Wie kamen die Kommentatoren zu diesen aus ihrem Thema herausfallenden Vorerörterungen?

1. Um das Auffallende dieser Erscheinung recht hervorzuheben, betrachte ich zunächst die Art, wie die Kommentatoren die ediktlosen Klagformeln besprochen haben. Auch hier haben sie der eigentlichen Exegese eine Darstellung der notwendig dem jus civile oder legitimum angehörigen Lehre vorausgeschickt. Aber diese Vorbereitung auf den Formelkommentar erklärt sich leicht. Denn die Klagformeln für sich allein sagen teils zu wenig, weil sie Rechtsbegriffe wie Kauf, Miete, Auftrag voraussetzen, teils geben sie den Gesetzeswortlaut mehr oder weniger vollständig wieder und verweisen damit mittelbar auf das Gesetz selbst, wie die Formel der actio legis Aquiliae. Die Vorerörterungen der Kommentatoren ersetzen hier also den bei den Formeln mit Edikten notwendigen Kommentar zum voraufgehenden Edikt. Es gehen parallel einerseits Kommentar zum Edikt und daran anschließend Kommentar zur Formel, andererseits Vorerörterungen zur Formel und hiernach Kommentar zu ihr.

Diese, die Exegese der ediktlosen Formeln vorbereitenden Ausführungen fallen bei den einzelnen Juristen und den einzelnen Materien bald kürzer, bald länger aus. Wir finden beispielsweise bei Gajus und Paulus als Vorläufer des Formelkommentars einen Abschnitt De contrahenda emptione und De contrahenda locatione (Lenel § 110 [111] a. E. und § 111 [112] Mitte). Der Titel De re uxoria wird von Julian und Gajus durch eine Darstellung des Ehe- und Dotalrechts eingeleitet, ebenso von Paulus, der sie aber so weit ausdehnt, daß sie ein ganzes Buch, lib. 35 ad edict., füllt (Lenel S. 293 N. 2—4). Lehnt sich die Klagformel an ein Gesetz an, so setzt der Kommentator den Wortlaut des Gesetzes an die Spitze und schließt daran eine Erläuterung des Gesetzes selbst, so daß für die Erläuterung der Formel nur wenig nachzutragen bleibt. So beginnt Gajus seinen Kommentar zur actio legis Aquiliae mit dem Gesetzestext (Dig. 9, 2, 2 pr.), und darauf folgt die Exegese zum ersten und zum dritten Kapitel des Gesetzes; bei Ulpian ist sie ganz ausgiebig (Lenel S. 194 N. 1). Dagegen sind von Tribonian nur wenig Stellen aus dem Kommentar zu der dem ersten Kapitel entsprechenden Formel genom-

men worden, und das dritte Kapitel ist durch keine Stelle zur Formel vertreten (Lenel S. 198). Diese Lücke wird vielleicht durch zwei Paragraphen aus dem paulinischen Kommentar (Dig. 9, 4, 19 pr. und § 1), aber auch nur eben durch zwei, ausgefüllt.[1]) Das Schwergewicht lag offenbar bei allen drei Juristen im Gesetzeskommentar. Ähnlich wie bei der lex Aquilia mag die Sache bei den Bürgschaftsgesetzen und den dazugehörigen Klagformeln liegen (Lenel § 83—88).

2. Nunmehr betrachte ich die z. T. recht umfangreichen Einleitungsausführungen der Kommentatoren zu den normgebenden Edikten. Sie muten sonderbar an; man erwartet doch, daß nach den üblichen Einleitungs worten sofort der Kommentar zum Edikt beginnt. Was oben unter Nr. 1 natürlich ist, bedarf hier der Erklärung. Denn das Edikt vertritt ja regelmäßig das Gesetz und enthält alle Merkmale des Rechtsverhältnisses, das es regelt oder vielmehr erst schafft. Jene Vorerörterungen stellen sich demnach als einem Ediktskommentar fremde Bestandteile dar. Man hat sich bisher mit der bloßen Feststellung dessen begnügt, es drängt sich aber doch die Frage auf, was die Juristen zu solchen Abweichungen vom Programm bestimmt haben möge. Nun, die einfachste Erklärung ist die, daß gar nichts Regelwidriges und nichts Willkürliches vorliegt, daß vielmehr im Wortlaut des Edikts selbst ein Anhalt für jene Ausführungen der Juristen und damit ein Antrieb zu ihnen gegeben war. Diesen äußeren Anhalt sehe ich in einer ausdrücklichen Verweisung des Edikts auf ein Gesetz.

a) Zunächst kann das Edikt gewisse Fälle, die gesetzlich geregelt waren, ausgenommen haben, und dann mußte es auf das Gesetz hinweisen; hierher gehört das Edikt De injuriis (oben S. 234f.). Es liegt nicht zu fern, daß der Kommentator zuerst die Ausnahmen erledigt und so reinen Tisch

[1]) Auch die Sabinus-Kommentare sind für Tit. Dig. 9, 2 von den Kompilatoren sehr wenig benutzt worden: Aus Ulpian (lib. 42) ist nur eine Stelle genommen, aus Paulus (lib. 10) zwei, aus Pomponius gar keine, wie die Paling. zeigt. Man möchte annehmen, daß die Juristen die Lehre im Sabinus-Kommentar absichtlich kurz gefaßt haben, um sie im Ediktskommentar desto eingehender zu behandeln.

für die Besprechung des übrigbleibenden hauptsächlichsten Teils des Edikts macht. Natürlich konnte er auch umgekehrt verfahren, und bei der Auslegung derjenigen Edikte, die für etwaige Ausnahmen allgemein auf Gesetze hinweisen, haben die Juristen unter Beibehaltung der ediktalen Reihenfolge die Ausnahmen erst am Schlusse besprochen (s. dazu oben S. 234).

b) Ferner hat der Prätor bisweilen selbständige Edikte im Anschlusse an Gesetze erlassen, um deren Beobachtung und Durchführung noch mehr zu sichern, und da mußte er natürlich das Gesetz selbst nennen. Diese Nennung veranlaßte den einen oder andern Ediktsausleger, vor dem eigentlichen Ediktskommentar das Gesetzesrecht ausführlich darzustellen. Zwei solcher Fälle glaube ich nachweisen zu können.

α) Im Album finden sich die Schemata von vier prätorischen Stipulationen, die sich auf Legate beziehen; es sind die Kautionen Si cui plus quam per legem Falcidiam, Evicta hereditate legata reddi, usufructuaria und legatorum servandorum causa (Lenel §§ 284—287). Die letzteren drei sind durch Edikt angeordnet (Lenel §§ 171, 172 und 285 N. 7); hieraus ist zu schließen, daß auch die cautio Si cui plus eines Edikts nicht entbehrte. Nun trifft es sich, daß Gajus in seinen beiden Ediktskommentaren da, wo die auf die Legate bezüglichen Edikte und Formeln zu besprechen sind, die Legatslehre ausführlicher behandelt, und ganz besonders gilt dies für die lex Falcidia, so daß Lenel S. 354 urteilt, Gajus habe sich hier von der Rolle eines bloßen Ediktskommentators völlig losgesagt. In Wahrheit hat er nur getan, was bei den Kommentatoren überhaupt üblich war: Die Erwähnung der lex Falcidia in dem von mir wahrscheinlich gemachten Edikt bestimmte ihn, der Erläuterung dieses Edikts die Lehre von der Falcidischen Quart vorauszuschicken. In seinem Kommentar zum Edikt des praetor urbanus ist die Stelle für diese Darstellung das dritte Buch De legatis; also bildete sie nicht eine Einleitung zum ganzen Ediktstitel De legatis, sie muß vielmehr zu einem Einzeledikt gehören, und zu welchem, kann

nicht zweifelhaft sein. So liegt auch hierin eine Bestätigung meiner Annahme.

β) Die Testamentseröffnung war durch die lex Julia vicesimaria geregelt worden, aber auch das prätorische Album enthielt hierüber irgendwelche Bestimmungen unter der Rubrik: Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, describantur (Lenel § 167). Die Vorschriften des Gesetzes sind bei Paulus sent. 4, 6, 1 erhalten; denn wenn man hier liest, daß die Testamentsurkunden nach ihrer Verlesung mit Staatssiegeln versehen und in ein öffentliches Archiv gelegt werden sollen, so kann dies im prätorischen Edikt nicht gestanden haben. Es liegt vielmehr eine gesetzliche Anweisung an die für die Testamentseröffnung zuständigen Behörden vor, und das waren der Prätor und die Steuerbeamten.[1]) Paulus 4, 6, 2 a bezeugt ferner eine Strafbestimmung gegen denjenigen, welcher der lex Julia zuwiderhandelt. Wahrscheinlich hatte der Prätor eine Strafklage angedroht (Lenel 350 N. 8: vielleicht eine prätorische Popularklage), gleichviel ob aus eigenem Antriebe oder auf gesetzlichen Befehl hin, und sein Edikt wird begonnen haben: „Qui contra legem Juliam . . .“ Um dieser Verweisung willen mußten die Kommentatoren des Edikts das gesetzliche Recht der Testamentseröffnung darstellen, und in der Tat haben es Gajus, Ulpian und Paulus getan (Lenel S. 350 N. 8).

c) In den Ziviledikten wird der Prätor auf das grundlegende Gesetz stets ausdrücklich verwiesen haben; vielleicht hat er auch den Wortlaut der maßgebenden Gesetzesbestimmung seinem Edikt angehängt. Hat es ihm nicht beliebt, einen solchen Anhang beizufügen, so mußte doch der Kommentator des Edikts, da er ohnehin auf das verwiesene Gesetz eingehen mußte, dessen Text mitteilen. Ein Beispiel bietet Ulpians Kommentar zu dem Edikt Quod quisque juris. Vor der Ediktsexegese stehen Erörterungen über die lex Julia judiciaria überhaupt; folglich hat das Edikt dieses Gesetz angeführt. Darauf geht Ulpian zur Erläuterung des Edikts über, aber an die Spitze dieses Teils

---

[1]) Girard-Mayr 914 N. 3 mit N. 5.

seines Kommentars setzt er den Wortlaut der entsprechenden Bestimmung der lex Julia (s. unten S. 253 f.). Ob er ihn in der Ediktsvorlage fand, muß dahingestellt bleiben.

d) Bei den mandierten Edikten war es nicht anders. Das beste Beispiel liefern die Kommentare zu der Ediktsrubrik Ad sc. Vellaeanum. Nach Lenel § 105 enthielt das Album nur die Ankündigung zweier Sonderaktionen, nämlich der restitutoria und der sog. institutoria (mit ihren Formeln). Nun stellt aber Ulpian 29 ad edict., Dig. 16, 1, 2 § 1 und § 2, den Text des Vellaeanum an die Spitze seines Kommentars und kündigt dann die Besprechung des Senatsschlusses selbst an; sie nimmt einen breiten Raum ein. Vermutlich haben es Gajus 9 ad edict. prov., L. 5 und L. 13, und Paulus 30 ad edict., L. 1, L. 3 und L. 11 D. ibid., ebenso gemacht. Lenel, der kein Ausführungsedikt annimmt, muß diesen Gesetzeskommentar als nicht streng zur Sache gehörige Vorerörterungen ansehen; nach meiner Meinung weist er auf ein Ausführungsedikt hin, und der Wortlaut des Senatsschlusses rechtfertigt diesen Schluß vollauf (s. oben S. 245 und unten § 18). Dasselbe gilt für die den Ediktskommentaren einverleibte Erläuterung des sc. Macedonianum[1]) und der Senatsschlüsse De liberis agnoscendis[2]) (s. diesen Aufsatz a. a. O.).

e) Zusammenfassend sage ich: In den Ausführungen, welche die Ediktserläuterer der eigentlichen Ediktsexegese vorausschickten, sehe ich ein Anzeichen dafür, daß die Edikte, deren Besprechungen in dieser Weise eingeleitet worden sind, Verweisungsedikte waren. Dieses Anzeichen halte ich für sicher, und seine Beweiskraft wird nicht dadurch abgeschwächt, daß in manchen Fällen die Quellen den Nachweis eines bestimmten Verweisungsedikts und damit den Nachweis des bestimmten anweisenden Gesetzes nicht gestatten. Auch hierfür sei ein Beispiel angeführt! Paulus und besonders Julian handeln vor der Erläuterung der von Lenel nachgewiesenen Edikte De liberali causa eingehend von den verschiedenen Arten der Freilassung und den damit

[1]) Ulp. 29 ad edict. Dig. 14, 6, 1 pr. ff.; Gajus 9 ad edict. prov. L. 13 und Paulus 30 ad edict. L. 12 D. ibid.

[2]) Ulp. 34 ad edict. Dig. 25, 3, 1 und L. 3.

zusammenhängenden Materien (Lenel S. 365). Durch welche Verweisungsedikte aber die Juristen zu dieser Abhandlung bestimmt sein mögen, läßt sich zur Zeit nicht einmal entfernt vermuten. Daß es jedoch überhaupt an solchen gemangelt habe, ist damit nicht entschieden.[1])

III. Das Verfahren nach den oben Nr. I und II aufgestellten Regeln bewährt sich, wie nachher im einzelnen dargelegt werden wird, als eine richtige Methode, bisher unbekannte Edikte aufzudecken oder doch nicht allgemein anerkannte festzustellen. Ein Grund des Mißtrauens gegen sie besteht nicht. Man darf insbesondere nicht einwenden, daß sich vom Wortlaute solcher Edikte keine Spur in den Quellen findet. Denn der Versuch der Wiederherstellung des prätorischen Albums hat ja ein doppeltes Ziel. Das vornehmste ist die Ermittelung des Wortlautes der Edikte, weil damit in sicherster Weise ihr Inhalt erkannt wird. Diese Aufgabe hat Lenel so gelöst, daß Ergänzungen mit den uns jetzt zur Verfügung stehenden Mitteln nur in sehr

[1]) Zu obigem Ediktstitel De liberali causa möchte ich noch folgende Bemerkung machen. Lenel S. 365f. sagt: „Die Bestimmungen des älteren Albums über den Schutz derer, qui domini voluntate in libertate erant, mußten wegfallen, seit die lex Junia den prätorischen Schutz durch gesetzliche Anerkennung der Freiheit ersetzt hatte." Aber aus dem nicht vor Julian verfaßten sog. Dositheus in fr. 8 schließe ich nicht nur, daß das Hadrianische Album Bestimmungen über die Versagung des Freiheitsschutzes enthielt (Lenel S. 366), sondern auch, daß es den Freiheitsschutz noch andauernd auch in denjenigen Fällen, die unter die lex Junia fallen, erteilte. Denn mir scheint das Präsens: „tueatur" beachtenswert. Bei Gajus 3, 56 steht allerdings: „tuebatur", aber man bedenke, daß es ihm auf folgenden Gegensatz ankommt: „Früher pflegte der Prätor die späteren Juniani in ihrer Freiheit zu schützen, obgleich sie Sklaven waren, jetzt aber sind sie als Latini frei, wenn auch nicht frei ex jure Quiritium." Nach Dosith. 8 ist das Verhältnis des prätorischen Edikts zur lex Junia dahin zu bestimmen, daß die lex auf das Edikt über die Gewährung des Freiheitsschutzes Bezug genommen hatte, und aus Dosith. 12 ergibt sich gerade für das Album, daß der prätorische Schutz über die Fälle der lex Junia hinausreichte. Mithin hatte der Prätor über die junischen Fälle nichts Besonderes ediziert, aber sein Edikt war auch für diese nötig, weil die Junia dem Freilasser sein dominium ex jure Quir. nicht nahm (Beweis: Gajus 2, 195); das Gesetz schuf also nicht Zivilrecht (Kniep, Gai comm. 2, 344), und zudem befaßte es sich mit andern Dingen als mit dem Freiheitsschutze.

bescheidenem Maße möglich sein werden. Aber nicht von allen Edikten sind sichere Überbleibsel ihres Wortlautes erhalten; darum sucht die Forschung wenigstens ihr Vorhandensein und ihren Inhalt nachzuweisen. Auch hierin sind Lenels Leistungen groß, aber nicht abschließend. Erwägt man, daß von Ulpians Ediktskommentar, der hauptsächlichsten Grundlage des rekonstruierten Albums, nur höchstens der fünfte Teil auf uns gekommen ist, und noch dazu in veränderter Gestalt, so dürfen die erfreulichen Ergebnisse der bisherigen Forschung nicht darüber hinwegtäuschen, daß uns ein Teil des Ediktstoffes, und zwar nicht bloß ein verschwindend kleiner, noch unbekannt ist. Ich meine aber, daß auch der vorhandene Quellenstoff noch manche Ergänzung unserer Ediktsliste hergibt. Sie läßt sich erreichen einerseits durch Einzeluntersuchungen, wie sie z. B. letzthin Taubenschlag in seinen „Vormundschaftsrechtlichen Studien“ angestellt hat, andererseits durch die Entdeckung allgemeiner Gesichtspunkte und Verwertung neuer Methoden.

Dazu noch eine Bemerkung. Unsere Haupterkenntnisquellen sind die Institutionen des Gajus und die Gesetzbücher Justinians. Man möchte glauben, daß sich in ihnen von jedem Edikt wenigstens eine leise Spur finden müsse, und daß umgekehrt, wenn sie gar keinen Anhalt für ein Edikt in einer bestimmten Materie und über einen bestimmten Punkt bieten, ein solches auch nicht bestanden habe. Aber der Schluß wäre falsch. Lenel 211 hat ein Edikt über das beneficium divisionis unter Mitbürgen festgestellt, die einzige Quelle dafür ist aber der westgotische Paulus (s. unten § 19 unter II).

Zweite Abteilung.

Besonderer Teil.

Erster Abschnitt: Ziviledikte.

In den folgenden §§ 5—12 suche ich eine Anzahl Ziviledikte nachzuweisen, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben; ein Ziviledikt habe ich aus Zweckmäßigkeitsgründen in den § 16 unter Nr. IV gesetzt.

§ 5. De jurisdictione.

Ulpian 3 ad edict. ist auf Bestimmungen der lex Julia judiciorum privatorum näher eingegangen[1]; daraus ist zu schließen, daß das prätorische Album zu diesen einige Ausführungsedikte enthielt. Lenel nimmt allerdings solche ediktale Satzungen nicht an. Wenn er dabei bemerkt, daß sich im paulinischen Ediktskommentar eine ähnliche Darstellung wie die Ulpians nicht finde, so ist dies zu viel behauptet, da möglicherweise die Kompilatoren keine Stelle von Paulus aufgenommen haben; denn auch Ulpians Gesetzeskommentar ist nur spärlich ausgezogen, wenn man bedenkt, daß das julische Gesetz eine umfassende Ordnung war.

Die von mir vermuteten Ausführungsedikte lassen sich, bis auf eins, nicht nachweisen, begreiflich genug, da zu Justinians Zeit das Gerichtswesen ein anderes geworden war. Das eine nachweisbare Edikt ist das im selben Titel des Albums stehende Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur (Lenel § 8). Denn daß es auf der Grundlage der obigen lex beruhte, lehrt eine genauere Betrachtung von Ulp. Dig. 2, 2, 1, 1:

> Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem jure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi juris optinuerit, quandoque postea adversario ejus postulante eodem jure adversus eum decernetur.

Sicher liegt hier der getreue Ediktswortlaut nicht vor; Lenel hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Worte „debet“ und „decernetur“ dem Ediktsstil zuwider sind, auch vermißt er die regelmäßige Einleitung: „Praetor ait.“ Er hält es deshalb für möglich, daß Ulpian über den Ediktsinhalt etwas freier referiert habe; aber geschickt könnte man m. E. diesen Bericht kaum nennen. Ich meine vielmehr, Ulpian hat hier eine Bestimmung der lex Julia wört-

---

[1]) Lenel 56; dagegen mit beachtlichen, aber m. E. nicht ausreichenden Gründen Girard, Nouv. Rev. 28, 143 = Mélanges 1, 278.

lich wiedergegeben. Zum Gesetz passen „debet" und „decernetur", vor allem aber die Anfangsworte: „Qui magistratum potestatemve habebit." Denn die Nennung aller Jurisdiktionsbehörden ohne jedwede Beschränkung ist im Gesetze ganz am Platze, weil es die Vorschrift nicht nur für den Prätor, sondern auch für den Ädil, den Provinzialstatthalter usw. gegeben hat. Im prätorischen Edikt dagegen sind jene Worte unmöglich[1]), da der Prätor nicht einmal seine Amtsnachfolger, geschweige denn andere Magistrate und Behörden an sein Edikt binden kann.

Die lex Julia gab mit den Worten: „Qui magistratum potestatemve habebit . . . debet" den richterlichen Beamten eine schlechthin verbindliche Vorschrift. Auch der scharfe Gesetzesbefehl: „decernetur" führt darauf: Der Beamte wird so entscheiden, weil er es von nun an nicht anders darf, weil er dem Gesetze unterworfen ist. Der Prätor erließ für seinen Amtskreis ein entsprechendes Edikt, und dieses stellt sich daher als ein echtes Ausführungsedikt, und zwar als ein Ziviledikt dar.

Der Prätor, der es zum ersten Male entwarf, übernahm begreiflich in der Hauptsache den Gesetzestext, aber in einigen Punkten mußte er ihn ändern. Nötig war vor allem die Ersetzung der Anfangsworte durch die erste Person: „statuero"; denn so spricht der Prätor stets von sich (judicium dabo, pacta servabo usw.). Unter Berücksichtigung aller Änderungen stelle ich das ursprüngliche Edikt vorläufig so her:

> Si quid in aliquem novi juris statuero, sive quis apud me aliquid novi juris optinuerit, quandoque[2]) postea adversario ejus postulante ipsum eodem jure uti oportebit . . . (vgl. Lenel 59).

---

[1]) Lenel behält sie für den Ediktswortlaut bei, nur meinte er bisher, bestimmt durch Alibrandi, daß hinter „Qui" die räumliche Beschränkung der prätorischen Kompetenz auf die Urbs und ihren Umkreis ausgefallen sei; letzthin ist er aber wieder bedenklich geworden (s. 2. Aufl., S. XIV zu S. 58).

[2]) Dieses Gesetzeswort brauchte der Prätor nicht zu streichen; s. Lenel S. XIV zu S. 58. Wegen des vorhergehenden „apud me" s. das Edikt in Dig. 3, 1, 1, 8.

Diese Fassung konnte Julian bei der Neuordnung des Edikts nicht gut gebrauchen, da Hadrian auch die künftigen Prätoren nicht nur an das festgelegte Edikt, sondern auch an die späteren Neuerungen, die der Prätor, natürlich nicht ohne Geheiß des Kaisers, etwa vornehmen werde, band.[1]) Er griff deshalb auf die unpersönliche Fassung zurück und schrieb an Stelle des Ich: „is qui jurisdictioni praeest". Diese Worte wurden von der obigen Erwägung gefordert und entsprechen zugleich der Titelrubrik: „De jurisdictione"; sie sind aber auch durch die Quellen bezeugt. Denn Ulpian L. 1 § 2 D. h. t. sagt: Haec autem verba „quod statuerit qui jurisdictioni praeest"; der Jurist legt hier, wie in der folgenden L. 3, das Edikt, nicht das Gesetz aus, da er sich durchgängig auf das erstere ausdrücklich bezieht. Lenel 59 N. 2 sucht zwar der genannten Stelle die Beweiskraft zu nehmen, aber das „qui jurisdictioni praeest" kehrt bei Ulpian, ebenfalls 3 ad edict., Dig. 2, 1, 10 (bei Lenel 56 angeführt) wieder; den scheinbaren Widerspruch mit L. 1 § 1 cit. habe ich schon oben aufgeklärt. Als Ausführungsedikt wird es von jeher auf die lex Julia verwiesen haben, etwa so: „. . . ipsum eodem jure uti oportebit e lege Julia".

Ulpian hatte in seinem Kommentar den Wortlaut des Edikts vorangestellt und an ihn den Text der Julia, soweit er hierher gehört, angereiht. Justinian zog für sein Gesetz begreiflich den allgemeiner gehaltenen der lex vor und strich deshalb denjenigen des Edikts. Den Kommentar der Juristen Ulpian, Paulus und Gajus zum Edikt in L. 2—4 D. h. t. behielt er bei, da sich Gesetzes- und Ediktswortlaut, wie gesagt, fast deckten; nur an einer Stelle übersah er die Abweichung (Qui magistratum — qui jurisdictioni).

Weshalb aber hat der Prätor die gesetzliche Vorschrift in ein Ziviledikt umgegossen? Vielleicht, weil sie wichtig genug war, im engeren Bezirk wiederholt zu werden. Den Hauptgrund aber sehe ich darin, daß er es für recht befand, eine Ausnahme kraft eigener Machtvollkommenheit zu machen. Darüber berichtet Gajus L. 4 cit.: Illud eleganter

---

[1]) Damit erhält das „quandoque" (s. die vorige Anm.) eine andere Bedeutung.

praetor excepit: „praeterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset". Diese Ausnahme konnte er nicht gut anders in ein Edikt bringen, als daß er auch die Vorschrift des so eingeschränkten Gesetzes in das Edikt aufnahm.

§ 6. De in jus vocando.

Als erstes Edikt des obigen Titels stellt Lenel 68 folgendes hin:

In jus vocati ut eant aut vindicem dent.

Der erste Teil ist nichts weiter als eine Wiedergabe des Zwölftafelgesetzes: Si in jus vocat ito, und der Ladungsvindex ist altzivil und dürfte ebenfalls auf das Grundgesetz der Römer zurückgehen.[1])

Ulpian bespricht in seinem Ediktskommentar lib. 5 noch andere zivile Befreiungsgründe (Lenel 68 N. 5); möglich, daß auch auf sie der Prätor hingewiesen hatte (s. den Schluß dieses Paragraphen).

Jedenfalls hatte der praetor inter cives nicht nötig, das obige Edikt zu erlassen; es ist ein richtiges Ziviledikt. Aber er wird es einleitungsweise deshalb vorangestellt haben, weil er selbständige Edikte über die in jus vocatio zu geben hatte.[2])

Indes betraf unser Edikt vielleicht die judicia imperio continentia, oder es entstammt dem Album des Peregrinenprätors. Die XII Tafeln waren ein Bürgergesetz, und der Ladungszwang auch für die Fremden war nicht zu entbehren. Dann freilich war das Edikt ursprünglich überhaupt kein Ausführungsedikt. Aber der Urbanprätor kann

---

[1]) Ob die von Gellius überlieferte Bestimmung: Assiduo vindex . . . in tab. 1 oder 3 der XII Tafeln gehört, ist streitig; s. Wlassak, Prozeßges. 1, 103 in N. 34.

[2]) Für diese Edikte verweise ich auf Lenel 69—74. Das rätselhafte Edikt bei Lenel § 13 S. 74 wird mit dem bekannten „Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat" zusammenhängen; denn bei Befreiungsversuchen geht es ohne Rauferei und Sachbeschädigung nicht ab. Es können Sachen des Ladenden, des Geladenen und des Befreiers dabei zerstört werden, eigene, wie nur geliehene oder gemietete. Wer muß den Schaden tragen oder ersetzen? Die notwendige Regelung dessen wird der Prätor durch Edikt vollzogen haben.

dessen Edikt um der selbständigen Zusatzedikte willen übernommen haben[1]), und spätestens wurden die Alben beider, wenn nicht aller Prätoren, durch die Julianische Komposition vereinigt.[2]) Seit dieser Zeit war das Ladungsedikt mit allen seinen Klauseln zugleich ein Zivil- und ein selbständiges Edikt.

§ 7. De postulando.

I. Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf das dritte Edikt De postulando (Lenel § 16 S. 76).

1. Es begann mit den von Ulpian Dig. 3, 1, 1, 8 überlieferten Worten:

> Qui lege plebis scito senatus consulto edicto decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur, hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne postulent.

Dieser Teil ist unleugbar ein Ziviledikt; er „schärfte summarisch die auf Gesetz oder gesetzesgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote ein", sagt Lenel 76, d. h. er wiederholte reines Gesetzesrecht.

Hieran schloß sich, was als feststehend zu betrachten ist[3]), der sog. Infamenkatalog der jetzigen L. 1 D. 3, 2: „Qui ab exercitu . . ." Nach Lenels Ansicht haben die Kompilatoren dieses Verzeichnis aus dem obigen Texte Ulpians herausgeschnitten und in einen besonderen Titel gesetzt, weil sie eine allgemeine Infamenliste, die auch für die Ausschließung von den honores wichtig war, gebrauchten.[4])

---

[1]) Solche Übernahme hat häufiger stattgefunden, als man gewöhnlich annimmt; ein Beispiel bei Girard, Mélanges Gérardin 268 N. 1.

[2]) Für diese meine Ansicht berufe ich mich darauf, daß die Quellen (s. Girard, Nouv. Rev. 34, 5 N. 2 = Mélanges 1, 214 N. 2; am deutlichsten Aurelius Victor De Caes. 19, 1) die Tätigkeit Julians fast durchweg mit componere bezeichnen, zusammengestellt aber wird bisher Getrenntes. Befriedigend läßt sich das Wort nicht anders erklären.

[3]) Savigny, System 2, 192; Lenel, Sav.-Z. 2, 56 ff.

[4]) Vollständig ist sie freilich für das justinianische Recht nicht. Es fehlt, um nur einige Beispiele anzuführen, der Wucher nach Cod. 2, 11 (12), 20 und die remotio suspecti tutoris nach Cod. 5, 42, 2 mit 5, 43, 9. Die Kompilatoren hatten keine Zeit, aus dem ganzen Rechtsstoff alle

2. Nun faßt Lenel das oben angeführte Ziviledikt und den Infamenkatalog nicht als eine einzige, in sich zusammenhängende Ediktsbestimmung auf, sondern als zwei getrennte Abschnitte desselben tertium edictum: Das erste habe, kurz gesagt, die gesetzlichen, der zweite die rein prätorischen Postulationsverbote enthalten. Diese Zweiteilung halte ich nicht für richtig. Der Infamenkatalog umfaßte m. E. nicht nur die prätorischen Verbote, sondern auch die gesetzlichen, er ist also in Ansehung der letzteren eine Fortsetzung des allgemeinen Edikts und damit selbst Ziviledikt. Im folgenden trete ich den Beweis an.

II. Zu Lenels Ansicht paßt der zweite Satz Ulpians in L. 1 § 8 D. cit. gar nicht und L. 1 § 9 ibid. nicht gut.

1. L. 1 § 8 lautet:

> Ait praetor: Qui lege plebisscito . . . (s. oben S. 257). Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto praetoris ut infames notantur, qui omnes nisi pro se et certis personis ne postulent.

Hier wird deutlich ausgesprochen, daß der Katalog sämtliche Postulationsverbote, gesetzliche und prätorische, erschöpfend aufgezählt hatte; unter „hoc edicto" ist das unmittelbar vorhergehende Generaledikt zu verstehen. Die Einstellung der prätorischen Infamiefälle in den Katalog erklärte sich aufs beste, wenn das Wort „edicto" im Generaledikt auf das prätorische Album und nicht auf Kaiseredikte zu beziehen wäre (s. oben S. 234 N. 3). Aber Lenel lehnt diese Auslegung ab, und deshalb hält er[1]) den obigen zweiten Satz der L. 1 § 8 für tribonianisch. Eben auf der Grundlage dieser Interpolationsannahme ruht seine Zweiteilung des tertium edictum; die Einschiebung aber jenes Satzes in den klassischen Text macht er dadurch einleuchtend, daß die Kompilatoren die in L. 1 § 8 durch Herausnahme des Katalogs entstandene Lücke durch eine Verweisung auf den erst im nächsten Digestentitel folgenden Katalog hätten ausfüllen müssen.

Fälle herauszusuchen; so begnügten sie sich mit der ihnen so bequem gebotenen Liste der Postulationsverbote.

[1]) Im Zeitschriftenaufsatz S. 57.

Gewiß liegt für Justinian in dem fraglichen Satze ein Hinweis auf Dig. 3, 2, 1, aber trotzdem kann ein echter Ulpiantext vorliegen, und das möchte ich annehmen: Die Stelle läßt eine duplex interpretatio zu. Justinian hat m. E. den Kommentar Ulpians zum tertium edictum erheblich gekürzt. Der Jurist wird im jetzigen § 8 der L. 1 den Wortlaut des ganzen Edikts an die Spitze gestellt haben; es bestand aus dem Generaledikt und dem Katalog. Dazwischen aber standen noch einige Überleitungsworte, die notwendig waren, weil der Katalog mehr enthielt, als das Gesamtedikt ankündigte; denn unvermittelt wird der Prätor die eigenen Postulationsverbote nicht unter die gesetzlichen gemischt haben, sondern er wird ausdrücklich gesagt haben, daß der nachfolgende Katalog sämtliche Verbote, gleichviel aus welcher Quelle sie flossen, umfaßte. Dieses Verbindungsglied hat Justinian gestrichen.[1])

An den Wortlaut des vollständigen dritten Edikts schlossen sich die Erörterungen Ulpians. Zunächst mag er einige allgemeine Bemerkungen zum Generaledikt gemacht haben. Hiernach ging er kurz auf die ediktalen Übergangsworte ein, und endlich besprach er die einzelnen Fälle des Katalogs. Von seinem Kommentar zum Zwischenteil ist L. 1 § 8 Satz 2 erhalten[2]); die Anfangsworte: „Hoc edicto continentur" bezogen sich bei ihm auf das ganze tertium edictum, während sie im justinianischen Texte natürlich nur auf das unmittelbar vorhergehende Generaledikt hinzielen können. Diese meine Auslegung hat den Vorzug, daß sie sich auf die Quellen, nämlich auf den zweiten Satz der L. 1 § 8 stützt; Lenel dagegen muß ihn bloß um seiner Zurechtlegung willen als interpoliert beiseiteschieben.

2. In L. 1 § 9 D. h. t. bemerkt Ulpian:

„Eum qui ex his qui supra scripti sunt" sic accipe: si fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur.

Diese Worte beziehen sich unleugbar auf das ganze dritte Edikt, nach Lenel (Sav.-Z. 2, 60) dagegen hätte

---

[1]) Savigny a. a. O. sieht die Worte der L. 1 § 8: „Hoc edicto continentur . . ." fälschlich für ediktal an.

[2]) Vgl. Karlowa, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 9, 206 N. 6.

sich Ulpian nicht so allgemein ausdrücken dürfen, sondern etwa sagen müssen: „qui hac parte tertii edicti continentur". Es mag zugegeben werden, daß in L. 1 § 9 nicht alles ulpianischer Text ist; z. B. erwartet man statt „et nisi" die Worte: „id est nisi"; in der Hauptsache aber wird man nichts streichen dürfen. Zu meiner Deutung paßt der obige Satz vollkommen, die Lenelsche findet hier eine Schwierigkeit.

III. Sind die Quellen meiner Ansicht, daß der Infamenkatalog auch die gesetzlichen Postulationsverbote einschloß, günstiger als der entgegengesetzten, so sprechen für die meinige noch Gründe allgemeiner Art.

1. Beschränkt man den Katalog auf die Postulationsverbote prätorischen Ursprungs, so erhebt sich notwendig die Frage: Wo halten sich denn die gesetzlichen Verbote in den Quellen versteckt? Die Mühe des Suchens können wir uns, denke ich, sparen. Ohne Zweifel hätte Ulpian in seinem so breit angelegten Kommentar, wenn nicht alle, so doch eine ganze Reihe von ihnen vorgeführt. Sollte sie Justinian insgesamt verworfen haben? Einige vielleicht, alle sicher nicht; und wenn doch alle, wozu dann noch das hochtönende Generaledikt, wenn es keinen praktischen Wert mehr hatte?

2. Das Generaledikt ohne die bestimmte Angabe der darunter fallenden einzelnen Postulationsverbote wäre ein völlig zweck- und nutzloses Krüppeledikt gewesen. Denn die Gesetze galten ja ohnehin: Das brauchte der Prätor niemandem noch besonders „einzuschärfen". Sinn hatte die Erinnerung an die gesetzlichen Bestimmungen nur dann, wenn sie von der Liste der Einzelfälle begleitet war. Auf diese Weise empfing die Bürgergemeinde durch das Album das, was sie suchte und womit ihr allein gedient war: Eine vollständige Belehrung über die zerstreute Masse der Postulationsverbote (vgl. oben S. 239). Zugleich sorgte der Prätor für sich und seine Amtsnachfolger; oder sollte wirklich jeder Prätor in jedem Einzelfalle, der vor seinem Tribunal zur Sprache kam, sich und seinem Beirat immer wieder die Mühe machen müssen, die gesetzlichen Bestimmungen aufzusuchen und einzusehen? Als Mann der Praxis begnügte

er sich nicht mit einer Maßregel, die nicht einmal halb zu nennen wäre; vielmehr zählte er zum gemeinen Besten und im Interesse des Amts alle Einzelfälle in einem Zuge erschöpfend auf.[1])

3. Hätte nicht bereits ein vorhadrianischer Prätor oder spätestens der Verfasser des Abschlußediktes die gesetzlichen Verbote einzeln namhaft gemacht, so hätte doch der Gesetzgeber Justinian, der Zivil- und prätorisches Recht zu einem Ganzen vereinigte, das Versäumte nachholen müssen. Ebendieselben Gründe, die ihn nach Lenels billigenswerter Annahme bewogen, den Infamenkatalog zu versetzen (s. oben S. 257), hätten ihm auch die Vervollständigung zur Pflicht gemacht. Und wie leicht wäre sie ihm zu einem großen Teile gewesen! Präsentierte ihm doch zweifellos, wie schon gesagt, der ulpianische Ediktskommentar die gesetzlichen Fälle; er hätte die noch brauchbaren nur abzuschreiben brauchen. Daß er statt dessen die Ediktsliste ohne Zutaten übernahm, ist ein Fingerzeig, daß er in ihr alle Fälle des klassischen Rechtes vorgefunden hatte.

IV. Die bisherigen Beweise dürften ausreichen; ich will aber noch eine Gegenprobe machen. Läßt sich nämlich auch nur ein in das dritte Edikt gehöriges Postulationsverbot aus hadrianischer Zeit nachweisen, das nicht im Katalog des Prätors enthalten ist — Lenel hat diesen Beweis nicht angetreten —, so müßte es durch die Generalklausel gedeckt sein, und meine Ansicht wäre widerlegt. Es darf aber nicht ein solcher Fall verwendet werden, der im justinianischen Rechte aufgehört hatte, die prätorische Infamie nach sich zu ziehen, weil möglicherweise die Kompilatoren die Ediktsliste um ihn gekürzt haben; denn daß sie Streichungen vorgenommen haben, ist von Lenel 78 und 79 mehr als wahrscheinlich gemacht. Der Fall also, der allein als Gegenbeweis gegen meine Ansicht dienen kann, muß sowohl dem hadrianischen, als auch dem justinianischen Rechte angehören und nach beiden unter das tertium edictum fallen.

---

[1]) Wer wird heute ein BGB. zum Gebrauche des Publikums veröffentlichen, ohne dem § 482 die ergänzende kaiserliche Verordnung, betreffend die Viehmängel, beizufügen?

1. Nur einen Fall habe ich gefunden, der in Betracht käme, nämlich die vis publica und privata.

a) In der lex Julia municipalis[1]) und im fragm. Atestinum wird der Bandendiebstahl oder Raub (bona vi rapta) nicht ausdrücklich genannt; aber Kübler, Sav.-Z. 28, 413, vermutet, daß ursprünglich alle Fälle der Gewalttat zum judicium publicum führten und daher nach lin. 119 der julischen Gemeindeordnung infamierende Wirkungen hatten[2]), d. h. von Ämtern ausschlossen.

b) In Dig. 22, 5, 3, 5 = Coll. 9, 2, 2 werden einige Fälle der lex Julia de vi publica et privata aufgezählt, darunter: quive judicio publico damnatus est. Hierunter mögen auch Gewalttätigkeiten fallen, aber nur schwerere, weil das Gesetz daneben nur schwerere Vergehen nennt. Zu den letzteren gehört das se locare ad bestias ut depugnaret, und dieser Fall kehrt im zweiten Postulationsedikt wieder (Dig. 3, 1, 1, 6). Möglich daher, daß das zweite Edikt auch schwerere Gewalttaten genannt hatte; denn daß es vollständig überliefert ist, steht nicht fest.

c) Das Zeugnis Ulpians in Dig. 48, 19, 32, lib. 6 ad edict., wäre, wenn es ein klares Bild gäbe, wichtig, weil es aus dem Kommentar zum Postulationsedikt stammt. Danach tritt keine Infamie wegen derjenigen vis, derentwegen der Prätor Interdikte verheißen hat, ein, wohl aber, wenn die vis ein crimen ist. Dabei hat aber die lex Julia de vi zwischen vis publica und privata unterschieden. Ob auch die private infamiert, kann zweifelhaft sein; jedenfalls war die lex de vi privata das mildere Gesetz; wahrscheinlich daher, daß die Infamiewirkungen beschränkter waren als die von der lex de vi publica festgesetzten.

d) Marcian Dig. 48, 7, 1 pr. gibt als Strafe nach der lex de vi privata Vermögensstrafe und Ausschluß von gewissen Ämtern an, so auch Modestin Dig. 48, 7, 8 und dazu Carac. Cod. 9, 12, 2 (s. Mommsen, Röm. Strafr. 659 N. 6). Erst nach einem späteren Senatsschluß soll der Täter omni honore quasi infamis entbehren. Mommsen a. a. O. S. 997

[1]) Oder war die tabula Heracleensis nur das Schema einer Gemeindeordnung?

[2]) Zustimmend Mitteis, Sav.-Z. 33, 163.

N. 6 schließt daraus, daß durch diesen Senatsschluß die prätorische Infamie auf das Delikt erstreckt worden sei; aber wir wissen nicht, ob er vor der Festlegung des Edikts lag.

e) Noch Valentinian Cod. 9, 12, 8, 1 = Cod. Theod. 9, 10, 4 nennt als Inhalt der Infamie nur den Ämterverlust.

f) Der vorgelegte Stoff ergibt höchstens folgendes. Die schwereren Fälle der vis (= vis publica) mögen im zweiten Edikt De postulando gestanden haben[1]), die vis privata aber war weder in diesem, noch im dritten genannt. Sie hatte nach dem julischen Gewaltgesetz nur den Verlust von Ämtern und den Ausschluß von ihnen zur Folge, das Postulationsverbot aber verhängte sie nicht; folglich bezieht sich die Generalklausel des dritten Edikts nicht auf sie. Das ist um so wahrscheinlicher, als der ediktale Katalog die bona vi rapta ausdrücklich anführt; denn daß dieser hervorstechende Gewaltfall von der lex Julia de vi nicht verschwiegen war, scheint mir selbstverständlich. Hätte das Gesetz für die vis privata das Postulationsverbot ausgesprochen, so hätte der Prätor den Raub nicht namhaft machen dürfen, falls sein Infamenkatalog wirklich nur seine eigenen Postulationsverbote enthalten hätte. Für den Raub also bestand nur das prätorische Verbot, für andere Fälle der vis privata überhaupt keins.

2. Sicher nachklassisch ist folgender Infamiefall. Nach einem Senatsschluß wird der Tutor[2]), der seine Mündelin heiratet, infam: Carac. Cod. 5, 62, 4 pr.

a) Dieser Senatsschluß wird noch erwähnt von Severus Cod. 5, 6, 1; Paulus Dig. 23, 2, 59; Callistr. L. 64 ibid.; Marcian Dig. 48, 5, 7 pr. Beschränkungen und Ausnahmen bei Papinian Dig. 23, 2, 62, 2; Tryphonin Dig. 28, 2, 28, 3; Paulus Dig. 23, 2, 36 und 66 pr.; Marcian Dig. 48, 5, 7 pr.; Valerian Cod. 5, 6, 6 und Diokl. Cod. 5, 6, 7.

b) Die Infamie wird noch bezeugt von Paulus Dig. 23, 2, 66 pr. und Diokl. Cod. 5, 6, 7; vgl. Marcian Dig. 48, 5, 7 pr.

---

[1]) Im nachklassischen Recht waren sie kapital: Constantin Cod. Theod. 9, 10 L. 1, L. 2 mit Cod. Just. 9. 12, 6 i. f.; ferner Cod. Theod. 11, 36, 14.

[2]) Nicht der Kurator; s. Gradenwitz, Conjecturen 5 (in Grünhuts Zeitschr. 18, 341).

c) Zustandegekommen ist der Senatsschluß unter Marcus. Das ergibt sich aus Dig. 23, 2, 60, 5 in Verbindung mit der inscriptio: Paulus l. sing. ad orat. divi Antonini et Commodi. So erklärt es sich, daß die vorher genannten Quellen ausnahmslos der spät- und nachklassischen Zeit angehören. Im hadrianischen Album konnte also dieser Infamiefall nicht stehen.

3. Über die tergiversatio s. nachher V 2 c (S. 268).

V. Bisher habe ich meine Ansicht auf Gründe allgemeiner Art gestützt und gegen etwaige Angriffe verteidigt. Der schlagendste Beweis für sie wäre freilich der konkrete Nachweis, daß ein bestimmtes, im prätorischen Infamenkatalog genanntes Postulationsverbot, welches es auch sei, auf einer lex oder einem Senatsschluß oder einer Kaiserkonstitution beruhte. Aber wie wenig ist von dem Wortlaut dieser Quellen erhalten und von ihrem Inhalt überliefert! Eine Nachricht, zumal von solcher Einzelheit, wäre reiner Zufall, und sie fehlt in der Tat ganz. Ich bin daher in einer mißlichen Lage, aber in keiner mißlicheren als Lenel, der ja den umgekehrten Beweis, daß jeder einzelne der Katalogfälle auf prätorische Satzung zurückgeht, schuldig geblieben ist. Im allgemeinen darf zwar die Vermutung aufgestellt werden, daß, was im prätorischen Album steht, auch rein prätorisches Recht ist; hier aber versagt sie, weil eben das Generaledikt lehrt, daß gesetzliche Postulationsverbote vorhanden waren.

Bin ich auch außerstande, den wünschenswerten unmittelbaren Beweis zu erbringen, so will ich doch einen schwachen Ersatz dadurch liefern, daß ich für einige Fälle der prätorischen Liste diejenigen Gesetze anführe, die bereits das Postulationsverbot enthalten haben könnten.

Ich muß dabei von der Entwicklung der Infamie ausgehen. Es gab in alter Zeit außer der Intestabilität der XII Tafeln eine dreifache Ehrenminderung: Die zensorische, die konsularische und die prätorische.[1] Die infamierenden Tatbestände der drei Systeme mögen anfänglich auseinandergegangen sein, später aber war jedenfalls eine weitreichende

---

[1]) Mommsen, Röm. Strafr. 994; Girard-Mayr 218.

Ausgleichung eingetreten; bekanntlich waren diejenigen der lex Julia municipalis und die der prätorischen Postulationsedikte ziemlich dieselben. Verschieden dagegen war der Inhalt der Bescholtenheit oder die Wirkung der Notation, z. B. verhängte die genannte Gemeindeordnung den Ämterausschluß, das Edikt dagegen die Unfähigkeit, für andere zu postulieren. Gesetzt auch, daß mit einem bestimmten Tatbestande alle uns bekannten Infamiewirkungen verbunden gewesen wären, so beruhten doch die einzelnen Wirkungen auf verschiedenen Quellen, nämlich teils auf der Übung des Zensors, teils auf der des Konsuls und teils endlich auf der des Prätors. Mommsen a. a. O. schildert den Entwicklungsgang so, daß Annahme und Ausschluß der Infamie ursprünglich von dem Ermessen des einzelnen Magistrats abhing, und daß sich im Laufe der Zeit mehr durch Herkommen als durch Gesetz feste Regeln bildeten. Das wurde anders, als leges und senatusconsulta bestimmte Handlungen mit der Infamie belegten. Die Gesetze wählten aber nicht den allgemeinen Namen infamia — dieser gehört der Wissenschaft und wohl auch der Sprache des Lebens an — oder eine andere zusammenfassende Bezeichnung, wie etwa ignominia oder turpitudo, sondern sie zählten die Infamiewirkungen einzeln auf, wie sie sie in allen drei Quellen fanden. Unter diesen wird daher in manchen Gesetzen auch das Postulationsverbot gestanden haben. Unser Edikt enthielt die Klausel: „Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit" (L. 1 § 9 D. h. t.). Sie verweist auf die strafrechtliche Begnadigung[1]), da sie in L. 1 § 10 D. ibid. sicher auf die vom Senat oder Kaiser bewilligte Begnadigung bezogen wird.[2]) Die crimina waren aber alle durch leges geregelt, und einige dieser leges werden neben andern Infamiestrafen auch das Postulationsverbot ausgesprochen haben.

Und nun zum einzelnen!

---

[1]) Vgl. lex Julia municip. lin. 118; lex Julia de vi nach Coll. 9, 2 mit Dig. 22, 5, 3, 5.

[2]) Der Zweifel der Juristen betraf nur die prätorische, d. h. die privatrechtliche restitutio in integrum. Die L. 1 § 10 D. cit. lautete wahrscheinlich so, wie es Huschke, Sav.-Z. 9, 348, vorschlägt.

1. Adulterium und lenocinium.

Das tertium edictum nennt nach Dig. 3, 2, 1 von den geschlechtlichen Verfehlungen wohl das lenocinium, aber nicht das adulterium. Letzteres stand indessen wahrscheinlich ebenfalls im dritten Edikt, ist jedoch von Justinian gestrichen worden; denn das Vergehen ward in nachklassischer Zeit[1]) kapital, fiel also seitdem unter das zweite Edikt des Prätors: „Qui capitali crimine damnatus erit" (bei Lenel S. 76 N. 3). Die lex Julia de adulteriis hat die Keuschheitsverletzung bestraft, als Nebenstrafe läßt sich in einem Falle eine Art der Infamie nachweisen. In Dig. 23, 2, 43, 12 und § 13, Ulp. 1 ad leg. Jul., heißt es nämlich von der beim Ehebruch ertappten Frau: erit notata secundum verba legis (sc. Juliae). Aus dem Zusammenhange ergibt sich, daß diese Ehrenminderung in dem Verbote für die ingenui bestand, eine Ehebrecherin oder Kupplerin zu heiraten (s. Ulp. 13, 2 und Lenel, Paling. Ulp. 1982); das Postulationsverbot freilich kann hier nicht als Strafe in Betracht kommen, da nach dem zweiten Edikt Frauen überhaupt nicht für andere postulieren durften. Es ist aber nach Lage der Sache anzunehmen, daß die gesetzliche Nebenstrafe für verurteilte Männer ebenfalls die Infamie, damit aber zugleich die Unfähigkeit, für andere zu postulieren, war. Die lex Julia de adulteriis wird die für das lenocinium längst bestehende Nebenstrafe der Infamie auf das adulterium übertragen haben; denn das lenocinium ist in der lex Julia municip.

---

[1]) Mommsen a. a. O. 699 zu N. 3 sagt: „nach den Verordnungen des dritten Jahrhunderts", aber er setzt damit die Zeit zu früh an. Denn die ältesten von ihm in der N. 3 angeführten Zeugnisse sind m. E. von Justinian abgeändert worden. In Cod. 9, 9, 9 (Alex.) halte ich den entscheidenden Nebensatz: „si quocumque modo poenam capitalem evaserit" für ipt., und Paulus sent. 5, 4, 14 = Dig. 47, 11, 1, 2 scheint nicht das Recht des Prinzipats wiederzugeben. Auch in Cod. 2, 4, 18 (Diokl.) sind vielleicht die Worte: „excepto adulterio" Emblem. So mag erst Constantius Cod. Theod. 11, 36, 4 die Todesstrafe, und zwar durch Säcken oder Verbrennen, eingeführt haben. Cod. Just. 9, 9, 29, 4 (Konstantin) schreibt Hinrichtung durch das Schwert vor, aber dieser Paragraph fehlt in Cod. Theod. 9, 7, 2, entspricht jedoch dem § 4 J. 4, 18, wird also ein Zusatz Justinians sein. Schwerlich hat also Konstantin älteres Recht eingeschärft, wie Mommsen a. a. O. N. 4 meint.

erwähnt, das adulterium aber konnte sie nicht aufführen, weil sie vor der Ehegesetzgebung des Kaisers Augustus lag.

2. Calumnia, praevaricatio und tergiversatio.

Das sc. Turpillianum v. J. 61 n. Chr. scheint die drei Anklägervergehen geregelt und insbesondere über die Strafen Bestimmungen getroffen zu haben (Marcian Dig. 48, 16, 1; s. Mommsen a. a. O. 499 N. 1). Aber es hat Vergehen und Strafen nicht neu eingeführt, sondern sie gehen auf ältere leges zurück; wohl aber hat es den gesetzlichen Tatbestand erweitert (vgl. Mommsen 191). Das alles ergibt sich aus folgendem.

a) Für die calumnia geht die Strafe der Infamie auf die lex Remmia zurück: Dig. 48, 16, 1, 2 (Mommsen 494), und diese ist älter als Sulla (Mommsen 491f.). Wenn das prätorische Edikt De postulando die calumnia aufgenommen hat, so wird es sich an die genannte lex gehalten haben. Auch die lex Julia municip. enthält die calumnia als Infamiefall, wahrscheinlich ebenfalls im Anschluß an die Remmia. Mag auch diese letztere das Postulationsverbot noch nicht gehabt haben, so wird es in dem reformierenden Turpillianum nicht gefehlt haben.

b) Die praevaricatio wird gleicherweise mit der Infamie bestraft (Mommsen 503 N. 2) und steht dementsprechend im julischen Gemeindegesetz und im Katalog des Edikts. Da die Verurteilung nicht nur, wie aus der calumnia, innerhalb eines wegen eines anderen Vergehens anhängigen judicium publicum geschieht, sondern das Verfahren ein eigenes judicium publicum ist (Dig. 47, 15, 3 pr. und § 1; s. Mommsen 502 zu N. 2 und 3 mit S. 490f.), so muß für das Delikt eine grundlegende lex angenommen werden (s. Mommsen 190ff.). Auf dieses Gesetz nimmt Dig. 47, 15, 5: „ex lege non accusat" ausdrücklich Bezug. Es mag die lex Julia judiciorum publicorum gewesen sein; denn in ihr waren die Folgen der praevaricatio vorgesehen worden (Mommsen 491 N. 1). Nach Cod. 9, 9, 16, 2 könnte es auch die lex Petronia gewesen sein (über sie Mommsen 500 N. 7 mit 499 N. 1), und der ebenda genannte Senatsschluß war wohl wieder der turpillianische (vgl. auch Cod. 9, 45, 3 unter der

Rubrik: „Ad sc. Turpill."). So komme ich zu dem gleichen Schluß, wie vorher für die calumnia: Die im prätorischen Infamenkatalog aufgeführte praevaricatio fiel zugleich unter die Generalklausel des tertium edictum.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß die legitime Strafe der Infamie, die für den bestochenen Ankläger besteht, vom Turpillianum auf den zu Unrecht freigesprochenen Angeklagten ausgedehnt worden ist (Tacitus ann. 14, 41; s. Mommsen 501 N. 5 und 502 N. 7).

c) Die tergiversatio endlich ist im Turpillianum mit Geldstrafe bedroht (Dig. 47, 15, 3, 3; s. Mommsen 499 N. 1), und sie hat obenein die Folge, daß der Desistent die Anklage nicht wieder erheben kann (Dig. 48, 16, 2; L. 4 § 1 D. ibid. und andere Stellen; s. Mommsen 500 N. 7). Aber das Verfahren aus ihr ist kein judicium publicum, wenngleich es sich an ein solches anschließt (Dig. 47, 15, 3, 3; s. Mommsen 490), und eine lex hat es über diese Straftat nicht gegeben. Daraus ist zu schließen, daß den von der Anklage Zurücktretenden die Infamie nicht trifft (es sei denn natürlich, daß er kalumnios angeklagt hatte: der Fall der obigen Nr. a).

Wenn trotzdem nach der unter Gordians Namen stehenden Verordnung im Cod. 9, 45, 2 dem Tergiversanten die Infamie folgt, so ist der nachhinkende abl. abs.: „eo qui destitit infamia nihilo minus notando et extra ordinem secundum judicialem motum puniendo" auch an dem judicialis motus[1]) als justinianisches Einschiebsel erkennbar. Außerdem ist über das außerordentliehe Akkusationsverfahren, von dem die Stelle spricht, folgendes zu bemerken.[2])

[1]) Motus, Entschließung, (Straf-)Urteil, auch Strafe, wird namentlich vom Kaiser und vom judex gesagt. Ich lasse die zwölf Belege aus dem Cod. Just. folgen: Diokl. 9, 2, 10 (judicis); Valentin. 9, 47, 19 (Strafe); 12, 50 (51), 6, 1 (des Kaisers); 12, 52 (53), 2, 1 (Strafe); Gratian 1, 1, 1, 1 (des Kaisers); Honorius 1, 40, 12 (judicis); Theod. 1, 14, 3 pr. (des Kaisers); Leo 12, 35 (36), 16 (des Kaisers); Zeno 4, 20, 14 (judicis); Just. 7, 33, 12, 3a (des Kaisers); 7, 37, 3, 1d; dazu die obige Stelle (9, 45, 2), die hiernach zu Gordian schlecht paßt. Entsprechend *κίνησις* oder *κίνημα*, z. B. Cod. Just. 1, 40, 16 (nicht vor Konstantin); 4, 59, 1, 1 (Leo); 9, 4, 6, 9 (Just.).

[2]) Quellen bei Mommsen 500 N. 10 und 501 N. 2 und 3. Die von

Macer Dig. 48, 16, 15, 1 sagt von ihm: „Sed jam hoc jure ex sacris constitutionibus utimur, ut pertineat (nämlich das sc. Turpill.)." Ulpian ferner Dig. 48, 19, 5, 1 läßt für gewisse Fälle des Rücktritts von der Anklage strengere Strafen, als die des Senatsschlusses, zu, zweifellos ebenfalls nach Kaisererlassen, und das mögen dieselben veteres sanctiones sein, welche nach Cod. Theod. 9, 36, 1 die Strafe der Infamie festsetzten. Sie fallen nach Obigem in das Zeitalter Ulpians und Macers; in die Zeit der hadrianischen Ediktsordnung reichen sie schwerlich zurück.[1])

Aus allem ergibt sich: Die tergiversatio ward von der Generalklausel des tertium edictum nicht ergriffen, und wenn sie ebensowenig im Infamenkatalog einen Platz neben der calumnia und der praevaricatio gefunden hat, so scheint mir diese zweite Tatsache nur eine Folge der ersten zu sein.

3. Injuria.[2])

Das fragm. Atestinum nennt unter den infamierenden Klagen die actio furti und injuriarum, ebenso die lex Julia municipalis, die als infamierenden Tatbestand den Vergleich über das furtum hinzufügt. Beide Ordnungen haben vermutlich an Bürgergesetze angeknüpft. Das dritte Edikt De postulando enthält alle drei Fälle, vermehrt sie aber um das pacisci injuriarum; der letztere Fall mag rein prätorisch sein (Gajus 4, 182; Valerian Cod. 2, 11 [12], 18). Als Injuriengesetz kommt die lex Cornelia in Betracht; sie bezog sich nur auf Tatbeleidigungen (oben S. 235) und mag für sie Ämterausschluß, Intestabilität[3]) und Postulationsverbot festgesetzt haben. Ist dies richtig, so begreifen die Worte des prätorischen Katalogs: „qui . . . injuriarum . . . damnatus erit" auch ein gesetzliches Postulationsverbot in sich. Hätte der Prätor hier die Verurteilung aus der lex Cornelia

---

ihm angezogene L. 7 § 1 D. 48, 16 (Ulp.; die Schlußworte von Just.?) gehört nicht in den obigen Zusammenhang, da sie für kulposen Rücktritt leichtere Strafen, als diejenigen des Turpillianum, vorschreibt.

[1]) Mommsen hat den von mir geschilderten Sachverhalt übersehen.

[2]) Quellen bei Mommsen 805 N. 2.

[3]) Das in Dig. 47, 10, 5, 9 erwähnte Gesetz (Mommsen: Die XII Tafeln; Lenel, Paling. Ulp. 1338 richtiger: Ein Senatsschluß) dehnte nur die Intestabilität auf gewisse Injurienfälle aus.

ausgenommen, weil sie ja unter die Generalklausel fiele, so hätte er das Publikum nur irregeführt.

§ 8. Depositi und furti.

Auf zwei Ziviledikte, welche die in der Überschrift genannten Materien betreffen, hat G. Hartmann[1]) aufmerksam gemacht.

I. Depositi (Lenel § 106).

Im prätorischen Album ist die actio depositi in duplum für den Fall verheißen worden, daß die Hinterlegung wegen eines Aufruhrs, einer Feuersbrunst usw. stattgefunden hatte; diese Klage ging aber nach der Überlieferung auf die XII Tafeln zurück. Ich stelle mir das Verhältnis der alten Strafklage, die natürlich nicht mit der actio depositi in jus concepta zu verwechseln ist, zu der prätorischen actio depositi in factum concepta so vor. Nach Paulus Coll. 10, 7, 11 zog die legitime Depositalklage in allen Fällen die Verurteilung auf das Doppelte nach sich. Der Prätor gab an ihrer Stelle die actio depositi regelmäßig in simplum, nur ausnahmsweise, nämlich in den Fällen des sog. depositum miserabile, behielt er das duplum bei und bestätigte insoweit das Zwölftafelrecht.[2])

Das Ziviledikt war nötig, weil die Bürger sonst annehmen mußten, der Prätor habe die alte actio ganz und gar abgeschafft. So entstand das von Ulpian Dig. 16, 3, 1, 1 überlieferte Zwitteredikt.

Die Ediktsklausel schränkt also die prätorische Satzung ein; es gehört aber nicht zu den oben S. 234 aufgezählten beschränkten Edikten, weil es in diesen zu einem eigenen Ziviledikt nicht kommt.

II. Furti (Lenel § 128—139).

Nach Gajus 3, 190 und 191 hat der Prätor die gesetzliche poena für furtum nec manifestum, conceptum und oblatum „konserviert". Da Lenel für keinen dieser drei Fälle ein Edikt annimmt, bezieht er die Worte des Gajus

---

[1]) Gött. gelehrte Anzeigen 1882, 873f.; vgl. oben S. 236 N. 1.

[2]) Anderer Ansicht Girard-Mayr 576 N. 12; s. auch Girard, 5. éd., 531 N. 5.

auf die Klagformeln. Möglich ist diese Auslegung freilich, aber am natürlichsten ist sie nicht. Gajus 3, 189—192 spricht immer von der poena für die verschiedenen Diebstahlsarten, so auch vom furtum manifestum (3, 189): „sed postea inprobata est asperitas poenae (der XII Tafeln)"; ferner heißt es in Inst. Just. 4, 1, 4: „Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti." Nun hat der Prätor der alten actio furti manifesti den Kapitalcharakter genommen, und die actio prohibiti und non exhibiti sind erst durch ihn begründet worden. In allen drei Fällen war ein Edikt m. E. nötig. Lenel hält es für zweifelhaft; aber sonst hat der Prätor Aktionen nicht bloß durch die Aufstellung der Formeln eingeführt: Warum hätte er hier gegen alles Herkommen eine Ausnahme machen sollen? Und spricht Gajus 3, 192: „Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta" nicht deutlich genug für ein Edikt? Wenn also nach den genannten Quellen die „poena" für furtum manifestum und non exhibitum auf Edikt beruht, so ist auch die Konservierung der „poena" in den Fällen des furtum nec manifestum, conceptum und oblatum aller Wahrscheinlichkeit nach durch Edikt geschehen. Sieht man schließlich die Reichhaltigkeit des Ediktstitels De furtis bei Lenel an, so müßte man die Prätoren und zuletzt Julian sehr ungeschickt schelten, wenn sie es unterlassen hätten, die ganze Materie übersichtlich durch Edikt zu regeln. Die Formelnreihe leistet, wird man vielleicht einwenden, denselben Dienst. Für Juristen wohl, aber nicht für das Publikum, und jedenfalls nicht nach der Ansicht der Prätoren. Warum, ich wiederhole es, besteht das ganze Album nicht lediglich aus Klagformeln und sonstigen Schemata?

§ 9. De re judicata.

I. Die Edikte über die Prozeßvertretung (Lenel § 198 S. 389 ff.).

Rudorff hatte den von der Exekution handelnden Ediktsabschnitt mit der Rubrik: „Quibus judicati actio detur" eröffnet, aber Lenel verwirft sie; ich nehme den

Gedanken des ersten Ediktswiederherstellers auf, wenn ich auch nicht in allem mit ihm einverstanden bin, sondern in manchen Punkten mit Lenel gehe.

Zunächst hat Lenel 391 die Rudorffsche Rubrik, falls sie überhaupt bestanden hätte, dahin vervollständigt: „Quibus et in quos judicati actio detur", in der Sache gewiß richtig; doch möchte ich mich für diejenige Rubrik, die Lenel in seiner Paling., z. B. bei Ulp. 58 ad edict. und Gajus 22 ad edict. prov., gewählt hat, entscheiden, nämlich: „De judicatis", ohne daß ich gerade auf ihren Wortlaut großes Gewicht lege. Ferner hat Lenel 391 gegenüber Rudorff darin recht, daß die Formel der actio judicati nicht an dieser Stelle des Albums proponiert war. Drittens ging Rudorff insofern zu weit, als er besondere Ediktsbestimmungen für diejenigen Prozesse, die ein tutor, curator oder actor municipum für die beklagte Partei geführt hat, annahm (s. hiergegen Lenel 390). Wohl aber behaupte ich, daß der Prätor an dieser Stelle die actio für und wider den im Prozeß vertretenen dominus, sowie für und wider den cognitor und procurator geregelt hat. Daß es derartige Edikte gegeben hat, ist in den Quellen ausdrücklich bezeugt; solche einwandfreien Zeugnisse muß man einfach anerkennen, man darf sie nicht, wie es Lenel tut, wegzuinterpretieren suchen.

1. Zunächst der cognitor.

Paulus sagt in Dig. 3, 4, 6, 3 vom actor municipum:

> Actor itaque iste cognitoris (Just.: procuratoris) partibus fungitur, et judicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit.

Diesen Satz kann ich nicht anders verstehen, als daß die actio judicati dem cognitor durch Edikt verwehrt wird, und daß dasselbe Edikt davon eine Ausnahme für den cognitor in rem suam datus macht.

Läßt aber das Edikt regelmäßig den cognitor zur actio judicati nicht zu, so muß es denjenigen, dem sie grundsätzlich zustehen soll, bezeichnet haben, und das kann nur der dominus sein. Lenel hält denn auch ein Edikt, nach dem die actio für und wider den Vertretenen erteilt wird, für möglich, nur sei sie nicht bewiesen; ich meine, die L. 6 § 3

cit. macht sein Vorhandensein wahrscheinlicher als sein Fehlen. Dazu kommt aber noch frag. Vat. 331, Papinianus 2 respons.:

„Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum judicati actio."

Ob Regel- oder Ausnahmefall vorliegt, darüber hat der Prätor zu kognoszieren, aber das Edikt geht, entsprechend dem Obigen, von der actio für und wider den dominus aus. So ergibt sich das Edikt: „Causa cognita domino et in dominum actionem dabo." Lenel 391 will nur die Möglichkeit eines solchen Edikts gelten lassen, aber die genannten beiden Quellen gewähren mehr als die bloße Möglichkeit. Schließlich findet Lenel einen Gegengrund im fragm. Vat. 317:

„Cognitore enim interveniente judicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniente vero procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit."

Er meint, die Stelle schließe ein die actio für und wider den dominus verheißendes Edikt aus, die actio beruhe vielmehr nur auf prätorischer Praxis. Im letzten Satze steht nämlich ausdrücklich: „ex edicto perpetuo", im ersten nicht: Deute, sagt Lenel, diese gegensätzliche Betonung nicht darauf hin, daß im ersten Fall das „domino vel in dominum datur" nicht auf ein Edikt zurückzuführen sei? Nun, „betont" wird nur der sachliche Gegensatz zwischen cognitor und procurator, nicht ein Gegensatz der Rechtsquellen; letzterer käme höchstens nebenher in Betracht. Durch nichts aber zwingt die Stelle zu der Annahme, daß der Jurist an diesen Gegensatz gedacht hat. Denn im „datur" liegt, daß der Prätor die Klage gewährt, und dies kann wenigstens auf Grund eines Edikts geschehen. Im zweiten Falle wechselt der Jurist mit dem Ausdruck, indem er „competit" setzt. Competit schlechthin aber bedeutet: jure civili, und weil es ihm hier gerade auf prätorisches Recht ankommt, darum muß er einen entsprechenden Zusatz machen; er wählt die

Worte, die am nächsten liegen, weil ein Edikt über den procurator bestand, nämlich: „ex edicto perpetuo". Diesen Zusatz erfordert also allein das Wort „competit", und damit schwindet der von Lenel aus der Stelle herausgelesene Gegensatz.

Das Cognitoredikt, das mir hiernach außer Zweifel zu sein scheint, bestand aus zwei Klauseln, von denen die eine den bloßen cognitor, die andere den cognitor in rem suam datus betraf. Die condemnatio lautete beidemal auf die Person des cognitor, nicht des dominus; nach jus civile also müßte ersterer für die actio judicati aktiv wie passiv legitimiert sein. Danach stellt sich die zweite Klausel als ein Ziviledikt dar. Schreibt man aber die ganze Regelung dem jus civile zu, so sind beide Klauseln Ziviledikte. Und wenn man schließlich der Meinung zuneigt, daß das Edikt dem Album des praetor peregrinus entstammte oder für judicia imperio continentia gegeben war, so muß es doch im hadrianischen Album zugleich ein Ziviledikt, sei es ganz, sei es nur in Ansehung einer Klausel, geworden sein.

2. Der procurator.

a) Der procurator absentis.

Das vorher (S. 273) abgedruckte fragm. Vat. 317 weist ausdrücklich auf das Bestehen eines Edikts hin; das Zeugnis darf nicht, wie es Lenel S. 390, allerdings zweifelnd, tut, entwertet werden. Als Gegengrund führt er an, daß ein Edikt über den procurator überflüssig sei, da die condemnatio der Formel auf den Namen des Prokurators lautete, die actio judicati also schon ohne weiteres für und wider ihn zuständig sei. Richtig, aber lautete die condemnatio nicht auch auf den Namen des cognitor und gab der Prätor nicht doch, sei es mit Edikt, sei es ohne solches, die actio judicati bald für und wider den dominus, bald für und wider den cognitor selbst? Da stellt sich für jeden, der das Album liest und aus ihm Belehrung sucht, von selbst die Frage ein: Wie will es der Prätor beim procurator halten?[1]) Deswegen wird der Prätor dem Volke ausdrück-

[1]) Vielleicht war es auch um des Gegensatzes zum procurator praesentis willen zweckmäßig, beim procurator absentis jeden Zweifel zu heben; s. nachher unter b.

lich gesagt haben, was dem Juristen von heute und von damals selbstverständlich war. Das Edikt war ein Ziviledikt.

b) Der procurator praesentis.

Papinian 2 respons. hat nach frag. Vat. 331 den oben S. 273 wiedergegebenen Rechtsbescheid erteilt. Die Ausnahme, von der wir hier erfahren, führt Lenel 390 auf nachediktale Jurisprudenz und Praxis zurück[1]), wohl wegen des „placuit" und des „dabitur". Aber das „placuit" kann Papinian als Begründung des Edikts gedacht haben, und das Futurum „dabitur" erklärt sich daraus, daß er ein Rechtsgutachten über den ihm vorgelegten Fall abgibt; da konnte er dem Fragesteller nur antworten, daß der Prätor die actio gewähren wird, wenn bei ihm ein Antrag gestellt wird. Freilich vermag die Stelle das Vorhandensein eines Edikts nicht zu beweisen; insbesondere die causae cognitio, welche dieselbe ist wie beim cognitor, ergäbe sich schon aus der entsprechenden Anwendung des Cognitoredikts. Allenfalls läßt frag. Vat. 332:

> Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat; et ideo nec judicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori qui vicit denegatur

den Schluß auf ein ediktmäßiges dare und denegare actionem für den Fall des procurator praesentis zu.

Ich versteife mich nicht auf das Edikt; hat es bestanden, so bleibt immer noch der Zweifel, ob es ein selbständiges war, oder ob der Prätor Zivilrecht in das Album eingetragen hat.

3. Je ein den cognitor und den procurator betreffendes Edikt ergibt sich nach Obigem (Ziffer 1 und 2 a) ohne weiteres aus den Quellen. Ich möchte dazu noch folgendes zur Erwägung geben.

a) Ulpian lib. 58 ad edict. behandelt nach Dig. 42, 1, 4 pr. bis § 2 den cognitor und dann zwei dem procurator praesentis gleichgestellte Vertreter, nämlich den tutor und den actor municipum (oder, was dasselbe ist, universitatis); er wird also auch dem procurator selbst einige Sätze ge-

[1]) Im Einklang mit der herkömmlichen Lehre.

widmet haben. Das 58. Buch ist der Sitz der Lehre von der Personalexekution, das Nächstliegende ist daher, daß sich seine Ausführungen über den cognitor und procurator unmittelbar an Ediktsbestimmungen über sie anschlossen, wie es umgekehrt unwahrscheinlich ist, daß sie als Einleitung zu einem erst hinterher angeführten und besprochenen Edikt, das mit der Kognitur und Prokuratur nichts zu schaffen hatte, gemacht worden waren. Lenel 392 urteilt m. E. ganz richtig, daß die Untersuchungen Ulpians in L. 4 pr. bis § 2 cit. keiner allgemeinen Ediktsklausel, die den Urteilsanspruch überhaupt ordnete, zugehörten, sondern in einem besonderen, erst durch die Kompilatoren verdeckten Zusammenhang standen. Dieser Zusammenhang bestand eben nach meinen obigen Darlegungen mit den Edikten über dominus, cognitor und procurator, und ihn haben die Kompilatoren aus dem Text Ulpians verschwinden lassen.

b) Die praktisch so wichtigen Punkte, wem die Personalexekution in den Fällen der Prozeßvertretung drohe, und wer berechtigt sein soll, einen römischen Bürger in die Schuldhaft abzuführen, konnte der Prätor nicht ungeregelt lassen, er konnte auch nicht eine halbe Regelung geben. Ich kann es mir auch nicht vorstellen, daß er seine eigene, feststehende Praxis, von der Lenel spricht, nicht in die Kodifikation hineingebracht hätte. Wozu war sein Album da, und woraus bestand es anders? Wie machen wir es heute, wenn wir ein Gesetz herstellen? Die Römer waren nicht unverständiger als wir, und am allerwenigsten wäre dem großen Praktiker Julian ein Stümperwerk zuzutrauen. Das theoretische Bedenken gegen sog. Ziviledikte ist eine Treibhauspflanze moderner Romanistik.

II. Das Edikt über den Verlauf der Personalexekution (Lenel § 198 S. 392ff.).

1. Die Urteilsvollstreckung gegen die Person des Schuldners hat der Prätor genau nach den Bestimmungen der XII Tafeln und der sie abändernden Gesetze geordnet.[1])

---

[1]) Es braucht nicht gesagt zu werden, daß das Edikt nicht etwa bloß den im vorhergehenden Edikt genannten cognitor und procurator

Das ist von Lenel im einzelnen nachgewiesen worden.[1]) Wäre diese Regelung als bloße Wiederholung des Gesetzesrechts anzusehen, so läge ein Ziviledikt vor. Es fragt sich aber, ob das Edikt nicht auf solche Urteile, die nicht die Grundlage der gesetzlichen Vollstreckung bilden konnten, zu beziehen ist. Lenel hatte in der 1. Auflage und ebenso in der französischen Ausgabe diese Frage verneint oder doch offengelassen. In der 2. Auflage greift er aber bestimmt auf die Erklärung Huschkes zurück: Der Prätor habe für die judicia imperio continentia Vorsorge getroffen. Dem ist zuzustimmen. Der zivile Judikatsanspruch setzte ein judicium legitimum voraus[2]); wollte also der praetor urbanus die gesetzliche Personalexekution auf die im judicium imperiale ergangenen Urteile ausdehnen, so wird er dazu ein Edikt erlassen haben.[3]) Wie aber, das ist die Hauptfrage, war es gefaßt? Nach den Quellen sicher Aufzählung der einzelnen Gesetzesbestimmungen; war es damit genug? Mußte nicht hinzugefügt werden, daß sie für das Imperialverfahren gelten sollten? Logisch wäre es gewesen, aber auch unpraktisch, weil irreführend, da sie doch gleicherweise für das legitime Verfahren galten. Vernünftigerweise hätte der Prätor sagen müssen, daß er die gesetzlichen Bestimmungen „auch" für das Imperialverfahren in Anwendung bringen werde; aber dann hätte doch wohl ein solches allgemeine Edikt genügt und wäre die Aufzählung der Einzelpunkte überflüssig gewesen. Diese Aufzählung bedingt, daß der Prätor entweder einleitend verkündigt hatte: „Die Ur-

---

betraf; zur Sicherheit führe ich Ulp. Dig. 42, 1, 4, 4 i. f. an: Idem observandum est in eo, cujus procurator condemnatus est.

[1]) Julian Dig. 42, 1, 61 bezieht Lenel 394 zutreffend auf die addictio; den Gegensatz zur missio in possessionem zeigt Carac. Cod. 8, 17 (18), 4 (3).

[2]) Wlassak, Prozeßges. 2, 218; 227; 364. Daß der Unterschied der beiden Verfahrensarten auch sonst vom Prätor beachtet werden mußte, ist natürlich; ein praktisches Beispiel bei Wlassak ebenda 190 ff. und oben S. 256, s. aber auch Lenel 29.

[3]) Man darf nicht einwenden, daß die Unterordnung der Imperialurteile unter die res „jure" judicatae der Interpretation keine Schwierigkeit gemacht haben könne; denn das Volksgesetz als solches war eben auf jene Urteile unanwendbar.

teile, die sowohl im volksgesetzlichen, als auch im amtsrechtlichen Verfahren ergangen sind, werde ich in folgender Weise vollstrecken lassen", oder daß er den Gegensatz der beiden Verfahrensarten ganz unerwähnt ließ. Er wird sich für die kürzere Fassung entschieden haben. Dann aber ist unser Edikt zugleich ein Zivil- und ein selbständiges Edikt. Hatte der praetor peregrinus ein gleiches Edikt aufgestellt, dann war es in seinem Album ein selbständiges Edikt. Als aber Hadrian die Alben der beiden Prätoren vereinigte, nahm das Edikt wieder den obigen Doppelcharakter an.

2. Der praetor urbanus hatte aber noch einen besonderen Grund, das Edikt auch als Ziviledikt zu gestalten. Er reformierte nämlich zugleich die volksgesetzliche Personalexekution und machte obenein einen Zusatz zum Gesetze.

a) Gemäß den XII Tafeln begann das Verfahren gegen den judicatus nach dem Ablauf der dreißigtägigen Gnadenfrist mit der außergerichtlichen manus injectio und der ductio in jus. Eine in jus vocatio war also nicht vorgeschrieben, und daher konnte auch kein vindex die Vorführung des Verurteilten vor den Prätor hindern; erst in jure konnte ein solcher auftreten. Der Prätor dagegen verordnete als Einleitung des Verfahrens die gewöhnliche Ladung; das schließt Lenel 394 aus Ulp. 58 ad edict., Dig. 2, 6, 4, und es ergibt sich auch aus dem Wegfall der legis actio per manus injectionem und aus der Natur der actio judicati als einer regelrechten actio.[1]) Der Prätor mußte also schon wegen dieser Abweichung vom Gesetze edizieren.

b) Sodann verhieß er wahrscheinlich gegen den Gläubiger, der nicht gehörig für den Unterhalt des in Schuldhaft Genommenen gesorgt hatte, eine Strafklage (Lenel 393). Ob noch andere selbständige Vorschriften des Prätors dazukamen, muß dahingestellt bleiben.

c) Nun verfährt der Prätor, worauf ich schon öfters hingewiesen habe, nicht so, daß er nur seine Neuerungen verkündigt und es den Bürgern überläßt, nachzuforschen,

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 2, 662.

was von den gesetzlichen Bestimmungen noch übriggeblieben ist, sondern er führt ihnen das Ganze vor Augen, d. h. er nimmt die noch gültigen gesetzlichen Bestimmungen in sein Edikt hinein.

§ 10. De confessis.

Das Album enthielt in Sachen der Personalexekution noch zwei Rubriken: De confessis (Lenel § 199. 200) und Qui neque sequantur neque ducantur (Lenel § 201). Von Edikten, die etwa unter der letzteren Rubrik vereinigt waren, erfahren wir nach Lenels Untersuchungen nichts, wohl aber von solchen, welche das gerichtliche Anerkenntnis betreffen.

I. Über die Personalexekution gegen den certae pecuniae confessus hat der Prätor ein den XII Tafeln entsprechendes Edikt erlassen. So auch Lenel, nur hat er die in der französischen Ausgabe (2, 144) gemachte Bemerkung, daß dieses Edikt das Zwölftafelrecht „reproduzierte", in der 2. Auflage abgeändert.

Wie beim Judikat, mußte der Prätor auch bei der confessio auf die judicia imperio continentia Rücksicht nehmen und wird er sein Edikt genau so allgemein gehalten haben, daß es das legitime Verfahren mitbegriff; ich verweise auf das oben S. 277f. Gesagte. Das Edikt war also teilweise Ziviledikt.

II. Die Ediktskommentare haben auch die cessio bonorum berührt, wahrscheinlich (Lenel 395: vielleicht) bestand darüber ein Edikt, und es mußte an die lex Julia de cessione bonorum anknüpfen. Dieses Gesetz gewährte dem Schuldner die Vergünstigung, daß er nach der Vermögensabtretung nicht in Schuldhaft geführt werden durfte.[1]) Vielleicht hat es den Prätor angewiesen, die actio judicati zu denegieren und damit die Personalexekution zu versagen; jedenfalls war ein Ausführungsedikt vonnöten (vgl. Julian bei Ulp. Dig. 4, 8, 17 pr.). Das ist um so glaubhafter, als im Album die Formel der exceptio legis Juliae de cessione bonorum proponiert war (Lenel 484 N. 3).

---

[1]) Alex. Cod. 7, 71, 1 mit Diokl. L. 4 ibid.; s. Lenel 396 N. 3.

III. Aus der eben angeführten Julianstelle ist zu schließen, daß ein Edikt auch dem Schuldner selbst die ihm gegen Dritte zustehenden Aktionen denegierte; sollte schon die lex Julia dies bestimmt haben, so diente die Ediktsklausel auch nur der Gesetzesausführung.

Zweiter Teil: Ziviledikte gemäß dem jus civile.

§ 11. De operis libertorum.

I. Ulpian 38 ad edict., Dig. 38, 1, 2, 1, berichtet:

„Initio igitur praetor pollicetur se judicium operarum daturum in libertos et libertas."

Die actio operarum war zweifellos zivil[1]), das Edikt war aufgestellt lediglich zu dem Zwecke, die Belastungen der Freigelassenen zu beschränken (Ulp. L. 2 pr. ibid.), und nur die actio operarum ließ es unberührt. Also muß diese bereits vor dem Edikt und unabhängig von ihm bestanden haben.

Das Edikt ist demnach ein Ziviledikt. Aber eben gegen diesen Schluß hat man sich bisher gesträubt, und daher bemühte man sich um eine andere Erklärung; allgemeine Anerkennung ist keiner beschieden gewesen.

1. Pernice[2]) kommt von dem Bedenken gegen die zivile Natur der Klage nicht los, findet sich aber doch schließlich, wenn auch schweren Herzens, damit ab, daß der Prätor die Klage durch Edikt nicht eingeführt, sondern nur bestätigt habe.

2. Segrè[3]) nimmt eine prätorische actio für die durch Eid versprochenen Dienste an.

3. Biondi[4]) versucht in anderer Weise zwischen dem prätorischen „judicium operarum" und der zivilen actio incerta ex stipulatu zu unterscheiden.[5])

---

1) So auch Lenel 327 N. 11. 2) Labeo 3, 83.

3) „Sulle formole relative alla neg. gest." (in: Studi Senesi in onore di L. Moriano), 1905, 40ff.

4) „Judicium operarum" in: Annali della Fac. di Giurispr. dell' Univ. di Perugia, 1914; ich führe die Seitenzahl nach dem S.-A. an.

5) Bei obiger Scheidung wäre zu erwarten, daß der Prätor in seinem Beschränkungsedikt auch die actio ex stipulatu ausgenommen hätte; vgl. Lenel 328 N. 5 a. E. Wenn Biondi S. 20 sich für seine Ansicht auf die Tatsache beruft, daß die Quellen immer vom „dare" judicium

4. Lenel (328 und N. 5 daselbst) trifft mit seinem Erklärungsversuch nicht den Punkt, auf den es ankommt. Er meint, Ulpians § 1 könne nur in dem durch das pr. gegebenen Sinne verstanden werden; sein Sinn sei der, „daß, während die libertatis causa imposita im übrigen klaglos gestellt wurden, dies judicium wie seither, so auch fernerhin erteilt werden soll". Ganz gewiß richtig, aber nicht der Sinn des Edikts macht bedenklich, sondern sein Wortlaut; eben den nicht zu beseitigenden Wortlaut empfindet man der actio civilis gegenüber als seltsam. Der Prätor Rutilius hatte ediziert: „se amplius non daturum quam operarum et societatis actionem". Gegen diese Fassung ist nichts einzuwenden, aber das Album Julians hat eben eine andere, und diese ist auffallend. Lenel sagt: Der Nachfolger des Rutilius „erklärt, er werde die actio operarum weiter geben, im übrigen aber jede actio versagen". Indessen das hat der Nachfolger gerade nicht erklärt, wiewohl er es im Sinne hatte; er sagt schlechtweg: „Judicium operarum dabo." Er hätte sich genau so wie Rutilius ausdrücken können, aber er hat statt dessen einen Wortlaut gewählt, der den Heutigen anstößig erscheint.

II. Die Schwierigkeiten, die das Edikt macht, wären nicht entstanden, wenn man nicht die Ziviledikte verworfen hätte. Der Prätor wiederholte das zivile Recht nicht zufällig oder aus äußeren Gründen, etwa weil ihm jene Fassung des Edikts am bequemsten lag, sondern weil er Ausnahmen vom jus civile machen mußte, d. h. weil er auch das (zivile) judicium operarum in gewissen Fällen versagte. Diese Ausnahmen waren in der lex Julia de maritandis ordinibus gemacht worden, und gerade auf sie wollte er in seinem Edikt hinweisen: Er wollte eine übersichtliche Gesamtregelung geben. Aber ist diese Erklärung überzeugend? Das Edikt wäre dann von Anfang bis zu Ende ein reines Ziviledikt gewesen: Die actio operarum ziviles, die Ausnahmen legitimes Recht! Ziviledikte habe ich bisher nur festgestellt, wenn der Prätor ziviles und eigenes Recht mischte; wollte

sprechen, so ist dies kein selbständiger Grund, sondern fällt mit seinem Hauptgrund, daß das „judicium dabo" des Edikts auf eine prätorische Klage hinziele, zusammen.

er sein Album auch zur bloßen Zusammenstellung des jus civile i. w. S. benutzen, so hätte er es ungemessen ausdehnen müssen.

Nun, auch hier hat er wahrscheinlich ziviles und honorarisches Recht zusammengefaßt. Die Quellen lassen nämlich vermuten, daß die in der lex Julia gemachten Ausnahmen gar nicht Gesetzesrecht im eigentlichen Sinne des Wortes waren, sondern daß das Gesetz den Magistrat nur angewiesen hat, in bestimmten Fällen die actio operarum zu denegieren. Das Edikt stellt sich danach teils als Zivil-, teils als mandiertes Edikt dar.

Ich werde jetzt die Ausnahmen durchgehen und dabei die Ausdrücke, mit denen die Ausschließung der actio bezeichnet wird, vermerken.

1. Libertus qui duos filios habet in potestate.

Paulus 2 ad leg. Jul., Dig. h. t. (38, 1), L. 37, bespricht diesen Fall, und im pr. gibt er den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen an. Letztere Stelle lautet:

„Qui libertinus duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate habebit, praeter eum, qui artem ludicram fecerit, quive operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locaverit, ne quis eorum operas, doni, muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus juraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto; et si non eodem tempore duo in potestate habuerit vel unum quinquennem, liberabitur operarum obligatione."

Zum Gesetzeswortlaut gehören die drei letzten Worte gewiß nicht, da sie den gesetzlichen Imperativ vermissen lassen. Freilich sagt auch Alex. Cod. 6, 3, 7, 1 vom Freigelassenen unseren Falles: „lege Julia de maritandis ordinibus obligatione operarum liberabitur"; aber das wird ebenfalls nur Inhaltsangabe sein. Im sicheren Teile des Gesetzes jedenfalls ist die Verpflichtung nicht für nichtig erklärt, sondern nur gesagt, der Freigelassene solle nicht leisten müssen.

2. Liberta major 50 annis.

Paulus im selben Buche, L. 35 D. h. t., berichtet von ihr: operas praestare patrono non cogitur.

3. Liberta voluntate patroni nupta.

Folgende Stellen kommen in Betracht:

Alex. Cod. 6, 3, 9: non est cogenda operas tibi praestare, mit Cod. 6, 6, 2: non coguntur;

Gordian Cod. 6, 3, 11, 1: quamvis operas ab ea exigere non possit;

Ulp. Dig. h. t. L. 13 §§ 4 und 5;

Paulus L. 28;

Celsus L. 30 § 1: praeteritarum ante nuptias operarum actio datur, d. h. non denegatur;

Valens L. 46: operarum petitionem in eam dari non oportere;

Hermog. L. 48: operarum exactionem amittit; operas exigere patronus non prohibetur; operarum exactio non denegatur.

Daß dieser Fall wirklich in der lex Julia stand, schließe ich aus der inscriptio der L. 14: Terentius Clemens 8 ad leg. Jul. (operas peti posse).

4. Der Anweisung des Gesetzes kam der Prätor, was ich für selbstverständlich halte, durch Edikt nach, und zwar zählte er entweder die Ausnahmen ausdrücklich und einzeln unter Bezugnahme auf die lex Julia auf, oder er wählte eine allgemeine Verweisung, etwa in der Art: „praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decreto principum prohibitum est".

Im ersten Falle, der mir am wahrscheinlichsten ist, stelle ich mir das Gesamtedikt so vor: „Judicium operarum dabo in libertos et libertas, aus anderen onerandae libertatis causa imposita judicium denegabo. Praeterea judicium quoque operarum denegabo secundum legem Juliam et Papiam in libertum, qui duos pluresve filios habebit in potestate . . ., item in libertam, quae major 50 annis vel voluntate patroni nupta erit."

5. Ob die lex Julia oder Papia oder ein anderes Gesetz, etwa ein Senatsschluß, noch andere Ausnahmen gemacht, oder ob der Prätor selbständige hinzugefügt hat, ist nicht

zu ermitteln. Es bedarf nicht der Erwähnung, daß allgemeine Gründe, die nach jus civile die Entstehung einer jeden Obligation hindern oder sie vernichten, im Edikt nicht zu suchen sind.[1])

6. Dieses Edikt hatte Ulpian in seinem Kommentar vor der jetzigen L. 2 D. h. t. wörtlich angeführt („Hoc edictum praetor proponit"), darauf in L. 2 pr. die ratio edicti angegeben und schließlich bemerkt, daß er nunmehr zur Erläuterung der einzelnen Ediktsteile schreiten will. Die Auslegung der ersten Klausel beginnt mit der Übergangspartikel igitur (L. 2 § 1); es liegt kein Grund vor, sie als Interpolation hinzustellen, wie es Segrè und Biondi tun.[2])

Dritter Teil: Ziviledikte gemäß einem senatusconsultum.

§ 12. Quorum testamenta ne aperiantur.

Das sc. Silanianum hatte gegen die Sklaven eines getöteten Bürgers strafrechtliche Untersuchung angeordnet (Dig. 29, 5, 1 pr.) und außerdem verboten, vor der Folterung der Sklaven das Testament des Getöteten zu öffnen und vorzulegen (Ulp. L. 1 § 21 und § 23; L. 3 § 22, §§ 30—32; Venulej. L. 13 D. h. t.; Alex. Cod. 6, 35, 3).

I. Das Verbot ist im Edikt nach Ulp. L. 3 § 18 D. h. t. (Lenel § 169) wiederholt:

Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumque curet, edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex senatus consulto habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit;

auf den Senatsschluß weist also das Edikt ausdrücklich hin.[3])

---

[1]) So promissio operarum contra bonos mores, z. B. wenn die Dienste nicht honeste und nicht sine periculo vitae geleistet werden können: Ulp. Dig. h. t. L. 7 § 3, Paulus L. 16 pr. und Callistr. L. 38 pr. Ferner wenn der Freigelassene die angesagten Dienste ohne seine Schuld nicht zu leisten vermag (per eum non stat quo minus praestet), z. B. wegen Krankheit: Pomponius L. 34, Ulp. L. 15 pr. und Julian L. 23 § 1 D. h. t.

[2]) Daß öfters das igitur justinianische Anknüpfung ist, soll nicht bestritten werden.

[3]) Wie ich dies bei Zivil- und mandierten Edikten überhaupt annehme.

Der Senat hat sich nicht nur an den Prätor und andere Behörden, namentlich die Steuerbeamten[1]), gewendet, sondern allgemein an jeden, vor allem an denjenigen, der das Testament in Händen hat, z. B. der Erbe (Ulp. L. 3 §§ 19—28 D. h. t.); sein Verbot verpflichtete unmittelbar jeden, den es anging. Das Edikt war daher ein Ziviledikt.

II. Weil sich der Prätor in seinem Edikt ausdrücklich auf den Senatsschluß bezogen hat, darum kommentiert Ulpian 50 ad edict. zunächst eingehend (L. 1 bis L. 3 § 17) dessen ersten Teil mit den ergänzenden Senatsschlüssen; dann bespricht er (L. 3 § 18 bis § 32) das Edikt, was L. 3 §§ 21, 24—26, 28 und 29, dazu Dig. 40, 12, 7, 4 beweist. Auch Paulus 46 ad edict., L. 6 und L. 8 D. h. t., erläutert die Senatsschlüsse. Beide haben also den Kommentar zum Edikt mit der Anführung des Wortlautes des Silanianum und den Ausführungen zu ihm begonnen (s. auch hierzu oben S. 284 N. 3).

Das Edikt und der zweite Teil des Senatsschlusses deckten sich; darum konnte Ulpian im Kommentar zu ersterem neben dem Edikt selbst den Senatsschluß (L. 3 § 22, § 30) oder auch ihn allein (§ 31, § 32) nennen.

III. Warum erließ der Prätor ein Ziviledikt, das doch an sich überflüssig war? Weil er zu den gesetzlichen Bestimmungen einen Zusatz zu machen hatte. Er verhieß nämlich eine Popularklage gegen denjenigen, der das Verbot des Senats übertreten werde (Lenel a. a. O.).

Zweiter Abschnitt: **Mandierte Edikte.**

Erster Teil: Mandierte Edikte gemäß einer Mehrzahl von Rechtsquellen verschiedener Art.

§ 13. Uti ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur.

Ulpian Dig. 38, 14, 1 pr. überliefert folgendes Edikt: Uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo (Lenel § 164).

Zum Verständnis desselben ist von Paulus Dig. 38, 7, 3 auszugehen. Leges und Senatsschlüsse haben zwiefach zur

---

[1]) Oben S. 249 N. 1.

Intestaterbfolge berufen, nämlich entweder nur zur hereditas oder zur hereditas, aber mit dem Zusatz („etiam“), daß auch die bon. poss. erteilt werden soll („bon. possessionem dari jubet“). Eine dritte Möglichkeit ergibt sich aus der Sache, und für sie mag Inst. 3, 9, 3 angeführt werden: Die lex oder der Senatsschluß haben nichts weiter bestimmt, als daß die bon. poss. „detur“.

Im ersten Falle greift nicht das obige Edikt, sondern das Edikt Unde legitimi Platz; der zweite Fall gehört zu beiden, und nur für den letzten ist unser Edikt allein maßgebend.

Dieses letztere tut sich durch seinen Wortlaut als mandiertes Edikt kund, und Paulus und die Inst. a. a. O. bestätigen es durch die oben in Klammern beigefügten Worte. Wenn daher Ulpian Dig. 38, 14, 1, 2 sagt: si lex specialiter deferat bonorum possessionem, so ist das an sich mißverständliche deferre auch nur als Anweisung an den Prätor zu verstehen. Wlassak[1]) hat hieraus den Schluß gezogen, daß es Fälle legaler bon. poss. gäbe; aber das ist nach Obigem nicht richtig, da nicht das Gesetz selbst die bon. poss. verheißt, sondern dem Prätor zur Pflicht macht, sie seinerseits zu verheißen.

Als Beispiel führt Schirmer[2]) die patronatische bon. poss. nach der lex Papia an. Ob auch das sc. Tertullianum hierher gehört, ist zweifelhaft. Nach Ulpian Dig. 38, 7, 2, 4 wird die Mutter legitime Erbin, und so auch Inst. 3, 3, 2 („adeat hereditatem“), aber derselbe § 2 der Inst., wie auch der § 7 spricht vom admitti ad bona: Damit kann die bon. poss. unde legitimi und unde cognati, aber auch die unter unser Edikt fallende gemeint sein.

Wlassak a. a. O. 118ff. macht noch auf das Reskript Hadrians in Dig. 28, 3, 6, 6 in Verbindung mit Dig. 38, 12, L. 1 und L. 2 aufmerksam: Der wegen eines militärischen Verbrechens zum Tode verurteilte Soldat darf testieren und hinterläßt ohne Testament den Nachlaß seinen legitimen Erben und seinen Kognaten. Wlassak 121 hält es für nahezu

[1]) Krit. Studien 185.

[2]) Erbrecht 87 N. 28; s. auch Wlassak a. a. O. und Kniep, Gai comm. 3, 93; 111; 112 und 124.

gewiß, daß die Konstitution die Kognaten nicht nur zur hereditas, sondern auch zur bon. poss. berufen habe, dann aber falle letztere unter das obige Edikt Uti me quaque lege . . .

Zweiter Teil: Mandierte Edikte gemäß einer lex.

§ 14. Lex Cornelia de jurisdictione.

Nach Ascon. in Cornel. (Bruns 2 unter Ascon., Abt. C) hat die lex Cornelia bestimmt, ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.

Demgemäß wird der Prätor ein Ausführungsedikt erlassen haben; aber die lex Julia de judiciis hat jenes Gesetz aufgehoben und das Edikt mußte gestrichen werden (vgl. P. Krüger, Gesch. d. Quell. 34 N. 7).

§ 15. Lex Laetoria (Plaetoria).

Das Edikt:

> Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam (Lenel § 41)

liegt auf dem Gebiete der lex Laetoria. Dieses Gesetz war vermutlich eine lex imperfecta[1]), d. h. es verbot die betrügerischen Geschäfte mit Minderjährigen, ohne sie für nichtig zu erklären.

I. Es fragt sich, welche Rechtsbehelfe die lex dem minor gegen eine geschehene Übervorteilung gab. Darüber belehrt die lex Julia municip. lin. 111f. Sie unterscheidet zwei judicia, das eine gegen denjenigen, qui lege Plaetoria condemnatus est erit, das andere gegen den, qui ob eam rem, quod adversus legem fecit fecerit, condemnatus est erit. Ersteres, auf das man das von Cicero genannte judicium publicum rei privatae bezieht, ging auf eine Privatstrafe gegen den Betrüger und war wohl eine Popularklage (Jhering). Über die Quelle des zweiten judicium streitet man. Einige halten es ebenfalls für eine Zivilklage, und

---

[1]) So Eisele, Materielle Grundlage 88; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. 2, 307; Girard, Manuel, 5. éd., 938 N. 4 (deutsche Ausg. 1023 N. 1); Senn, Leges perfectae 68; zweifelnd Mitteis, Röm. Privatr. 1, 247.

zwar sei es auf Rückgabe des vom Minderjährigen Hingegebenen[1]) oder auf Rückgängigmachung des Geschäfts[2]) gegangen. Dabei zeigt sich noch ein anderer Zwiespalt der Meinungen Girard denkt, daß es von der lex Laetoria selbst gegeben sei, aber dann ist die Unterscheidung der lex Julia unverständlich; denn der Gegensatz verlangt, daß die Verurteilung im zweiten judicium nicht unmittelbar lege Laetoria geschieht: So mit Recht Karlowa. Dieser Schriftsteller nimmt deshalb eine Schöpfung der Jurisprudenz an.

II. Ich halte eine prätorische Klage für wahrscheinlicher. Leges imperfectae fordern den Jurisdiktionsmagistrat geradezu heraus, den Gedanken des Gesetzes mit den Mitteln, die er für angemessen erachtet, zur Ausführung zu bringen. Die lex Laetoria hat es aber anscheinend bei dieser indirekten Anregung nicht bewenden lassen, sondern dem Prätor ein animadvertere, im Stile älterer Senatsschlüsse (s. oben S. 240f.), vorgeschrieben. Das schließe ich aus dem „animadvertam" des Edikts; denn letzteres wird sich an den Gesetzeswortlaut angelehnt haben.[3]) Animadvertere bedeutet im übertragenen Sinne: Einschreiten, Schritte tun, Maßregeln treffen, ähnlich wie se interponere.

---

[1]) So Girard 230 (deutsche Ausg. 252) und Senn 60 und 64ff.

[2]) So Karlowa.

[3]) Die Edikte mit „animadvertam" möchte ich zu den ältesten zählen. Die lex Laetoria fällt ungefähr in d. J. 563 u. c., und so alt wird auch das Edikt sein (Karlowa 2. 1082). Ferner nenne ich das eine Injurienedikt: Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam (Lenel § 193); Dernburg, Unters. üb. d. Alter (in: Festgaben für Heffter) 106, hält es für alt einmal wegen der „altertümlichen einfachen Kürze" und sodann gerade wegen des animadvertam. Drittens enthält der zweite Teil des überlieferten Edikts De aleatoribus (Lenel § 64 [63] zu N. 9) ebenfalls das animadvertam, doch ist sein Alter nicht feststellbar (vgl. unten § 18 I). — Dernburg hat umgekehrt in dem ediktalen „dicetur" ein Anzeichen für die späte Entstehung des Edikts aufgestellt, aber es ist recht zweifelhaft, zumal er mit sich selbst in Widerspruch gerät. Denn das Edikt De minoribus weist sowohl das animadvertam auf, weswegen es Dernburg, wie bemerkt, für alt halten müßte, als auch das dicetur, das ihn S. 110 bestimmt, es für verhältnismäßig jung zu erklären und in die von ihm angenommene zweite Ediktsepoche zu setzen, und schließlich auf S. 123 verjüngt er es noch mehr, indem er es der dritten Epoche zuteilt.

Diese weite Fassung empfahl sich für den Prätor deshalb, weil sie sowohl die denegatio actionis, als auch die datio judicii deckte. Die Denegation insbesondere reicht in frühe Zeiten zurück und war das Mittel, Verstöße gerade gegen unvollkommene Verbotsgesetze zu treffen.[1] Auf die ehemalige Verweigerung der Klage gegen den minor weist die exceptio legis Laetoriae hin (vgl. Lenel 493 N. 8), und zwar weit eher als auf eine ehemalige actio des minor (dies gegen Girard). Aber das animadvertam ermöglichte auch die Gewährung der actio. Exceptio und actio machen die in integrum restitutio in unserem Falle aus, der Prätor spricht von dieser weder in dem den minor betreffenden Kapitel, noch in den meisten andern (Lenel §§ 39ff.).

III. Hiernach stellt sich das Edikt De minoribus als ein der Ausführung der lex Laetoria dienendes, mandiertes dar. Deshalb meine ich, daß der Prätor die lex in seinem Edikt genannt hatte, etwa so: . . . secundum legem Laetoriam, uti quaeque res erit, animadvertam, oder wie auch immer. Die Kompilatoren haben die Erwähnung des Gesetzes überall, insbesondere in den Kommentaren zum Edikt De minoribus und zur exceptio aus dem Gesetze, gestrichen; so mußte auch das Edikt selbst gekürzt werden. Daß auch die Restitutionsfrist im Edikt weggelassen worden ist (s. Lenel), mag unterstützend vermerkt werden.

IV. Ich muß noch einmal auf die lex Julia municip. zurückkommen. Nach meinen Ausführungen hätte sie mit den Worten: „ob eamve rem, quod adversus eam legem (nämlich Laetoriam) fecit fecerit“ das prätorische Edikt zitiert, und das scheint unglaubhaft, da es doch dann heißen müßte: „adversus edictum praetoris“. Aber es war, wie ich dies oben S. 244 dargelegt habe, römische Gepflogenheit, statt der unmittelbaren Rechtsquelle die mittelbare, statt des mandierten Edikts das mandierende Gesetz zu nennen, und dem entsprach es, daß die aus einem solchen Edikt hervorgehende actio, die strenggenommen prätorisch war, den aus Gesetzesrecht abgeleiteten Aktionen zugezählt wurde.

[1]) Mitteis, Röm. Privatr. 1, 247.

§ 16. Lex Atilia und Vormundschaft überhaupt.

I. Lenel 304 ff. hat die Stücke des Edikts, die sich unzweifelhaft aus den Quellen ergeben, zusammengestellt, aber es lassen sich m. E. noch andere nachweisen.

Die Ediktskommentare enthalten eine Anzahl Stellen, die „ohne alle ersichtliche Beziehung auf das [von Lenel wiederhergestellte] Edikt sind": So Lenel 305 N. 1; dort sind auch die Stellen aufgezählt. In seiner Vorbemerkung zu dem Titel De tutelis (S. 304) führt er hierzu folgendes aus. Paulus und Gajus scheinen ihre Kommentare durch allgemeine Erörterungen, die sich nicht an bestimmte Ediktsstücke anlehnten, eingeleitet und darin gewisse Abschnitte des Vormundschaftsrechts systematisch behandelt zu haben. Ulpian, fährt Lenel fort, hat seine Erörterungen überall an die Ediktsrubriken angeknüpft, ist aber ebenfalls aus der Rolle eines bloßen Kommentators gefallen.

Ich habe mich oben S. 245 ff. allgemein über derartige Vorerörterungen ausgesprochen. Selbständige Abhandlungen, die nicht zur Ediktserläuterung gehören, sind in den Ediktskommentaren nicht anzunehmen. Lassen sich solche Ausführungen nicht aus den bis jetzt bekannten Ediktsklauseln erklären, so müssen sie als Erläuterungen zu andern Ediktsklauseln angesehen werden. Wenn die Quellen von diesen keine ausdrücklichen Nachrichten geben, so ist es unsere Aufgabe, sie mit Hilfe des gesamten Quellenstoffes zu ermitteln. Nach dieser Methode verfahrend, gelange ich zu folgenden Edikten.

II. De dandis tutoribus.

1. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Prätor auch ohne gesetzliche Ermächtigung zur Bestellung eines Tutors befugt war.[1] Aber die lex Atilia hatte ihm bestimmte Anweisungen gegeben, und diesen kam er durch Edikt nach. Das Gesetz galt noch während der ganzen klassischen Zeit[2]; die Mandate der Kaiser an die Konsuln

[1]) Das Gegenteil will Dig. 26, 1, 6, 2 glauben machen; s. Mitteis, Röm. Privatr. 1, 41 N. 4, und Leifer, Einheit des Gewaltgedankens 107 ff.

[2]) Gajus 1, 185; 195; 195b; 195c; Ulp. 11, 18; s. Taubenschlag, Vormundsch. Studien 5 N. 27.

als Vormundschaftsbehörde und später an den praetor tutelaris berührten den Stadtprätor nicht, doch wird er sich nach ihnen gerichtet haben.

Unter Benutzung der lex Salpensana c. 29 stelle ich den Text des mandierten Edikts, nur um ein ungefähres Bild von ihm zu geben, und im vollen Bewußtsein der Unsicherheit und der Unvollständigkeit, so her:

> Cui tutor neque testamentarius neque legitimus erit incertusve erit[1]), ei e lege Atilia (de majoris partis tribunorum plebis sententia) causa cognita tutorem eum, qui mihi nominatus erit, dabo.

Bei solchem Wortlaut versteht es sich, daß sich die Ediktskommentare auch mit der testamentarischen und gesetzlichen Tutel befaßten, und so erklären sich die in die Tit. Dig. 26, 1 bis 26, 5 eingestellten Fragmente des Gajus und des Paulus, die Lenel nach seiner obigen Bemerkung unter kein Edikt unterbringen konnte.

2. Auch für einen wegfallenden oder verhinderten Tutor mußte der Prätor Ersatz schaffen. Hierüber hatte ein unbenannter Senatsschluß (oder waren es mehrere?) aus unbekannter Zeit Bestimmungen getroffen. Danach mußte der Prätor an die Stelle eines als suspekt removierten oder eines exkusierten Tutors einen andern setzen[2]), ebenso an die Stelle eines abwesenden tutor mulieris.[3]) Endlich hatte die lex Julia de marit. ord. die Ernennung eines Sondertutors dotis constituendae gratia vorgesehen.[4])

Ob der Prätor im Anschluß an jenen Senatsschluß, falls er vor die hadrianische Neuordnung fällt, oder an die lex Julia ediziert hatte, ist in den Quellen durch nichts

---

[1]) Beispiele des incertus: Dig. 26, 2, 10 pr. und L. 11 pr.; Dig. 26, 5, 9 und L. 13 pr.; Dig. 49, 1, 17, 1; Gajus 1, 186; 187; Inst. Just. 1, 20, 1.

[2]) Senatsschluß nach Gajus 1, 182; Ulp. 11, 23; Ulp. 37 ad Sab. Dig. 26, 2, 11 § 1, § 2 (Beweis: § 3); zur Sache ferner Marcell Dig. 26, 4, 3, 8; Scaevola Dig. 40, 5, 41, 2; Alex. und Valerian Cod. 5, 36, 2 und 4; Tit. Cod. 5, 43.

[3]) Gajus 1, 173ff. — Für die Tutel allgemein, aber ohne Bezugnahme auf eine gesetzliche Bestimmung Carac. Cod. 5, 36, 1 pr. und Valerian L. 4 C. ibid. (relegati tutoris).

[4]) Gajus 1, 178f. und Ulp. 11, 20f.

angedeutet. Sollte er es getan haben, so wären diese Klauseln ebenfalls mandierte Edikte gewesen.

III. De administratione tutorum.

Lenel hat unter dieser Rubrik (§ 121) drei Klauseln verzeichnet; ich möchte noch drei anreihen.

1. Über die Kautionspflicht.

Die lex Atilia hatte über sie nichts bestimmt: Inst. 1, 20, 3. Nach diesem Institutionenbericht könnte es scheinen, als ob auch das prätorische Album keine Bestimmungen über sie enthalten habe; aber Taubenschlag a. a. O. 4ff. hat die Unzuverlässigkeit des Berichtes nachgewiesen und hinreichende Gründe dafür (S. 1ff.) beigebracht, daß ein Edikt über die Kautionspflicht bestand. Insbesondere kann auch nach meiner Meinung Gajus 1, 199: „curat praetor" nicht anders verstanden werden. Wenn der Prätor ständig für die Sicherheitsleistung sorgt, so wird er seinen Willen dem Volke durch Edikt kundgetan haben; eben dazu war das Album da: Es war die Kodifikation der festen prätorischen Praxis.

Der Kautionszwang war durch die kaiserliche Gesetzgebung eingeführt worden; es liegt nahe, daß sie den Prätor zum Erlaß des Edikts angehalten hat.[1]) Unter dieser Voraussetzung war das Edikt ein mandiertes; doch kann es ebensogut ein Zivil- oder ein selbständiges Edikt gewesen sein.

2. „Quod sine dolo malo per tutorem gestum est, ratum habebo (oder: servabo)"; hierzu eine nachher (unter d) zu erwähnende Voraussetzung.

Auf dieses Edikt führen folgende Zeugnisse.

a) Pomponius 68 ad edict. bei Ulp. 35 ad edict. (beidemal Sitz der Lehre), Dig. 26, 7, 3 pr.

Der Jurist geht von der cura furiosi aus, und ein Edikt wie das vorstehende war in gleicher Weise für tutor wie curator notwendig. Für den Fall, daß mehrere Vormünder da waren, hatte der Prätor nichts ediziert (arg. Dig. 26, 7, 24, 1 und andere Stellen).

[1]) Curare (curat praetor) ist technischer Anweisungsausdruck; s. auch Kniep, Gai comm. 1, 312.

b) Paulus 38 ad edict. (Sitz der Lehre) L. 12 § 1 D. ibid.: Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani, et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest; nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur nemine scilicet emente. Nec interest, tutor solvendo fuerit necne, cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet.

Zweimal erinnert die Ausdrucksweise des Paulus an den obigen Wortlaut der von mir angenommenen Ediktsklausel. Dieser Wortlaut mag in den Reskripten der beiden Kaiser gestanden haben, aber man beachte wohl das „etiam“: Wo sollte dasselbe noch verordnet gewesen sein, wenn nicht im prätorischen Album?

c) Gajus 12 ad edict. prov. (Sitz der Lehre), L. 13 § 2 D. ibid.: ratum id habendum est.

d) Dazu noch einige Kaisererlasse:

Alex. Cod. 5, 29, 3: id quidem quod jure gestum est, revocari non potest; und Cod. 5, 51, 4: nihil quippe in ea (nämlich tutelae actione), quae ex officio gesta sunt vel geri debebunt, veniet;

Diokl. Cod. 2, 40 (41), 4 = 5, 42, 3 § 1, § 2: nec ea, quae ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent; ea, quae ab eo gesta sunt, . . . ipso jure irrita sunt.

Die letztere Stelle ergibt zugleich, daß für die nicht testamentarischen Vormünder das Edikt nur dann galt, wenn sie die vorgeschriebene Kaution vor ihrer gestio geleistet hatten; so auch das in Cod. 5, 42, 5 folgende Gesetz des Constantius (mit Ausnahmen) und andere Stellen (bei Rudorff, Vormundsch. 2, 222ff.).

e) Das Rechtssprichwort: „Tutor domini loco habetur“ mag sich auf Grund unserer Ediktsklausel gebildet haben; die es bezeugenden Stellen[1]) wenden es gerade bei der Vornahme von Rechtsgeschäften für den Mündel an.

f) Das Edikt kann rein prätorisch gewesen sein.

---

[1]) S. Karlowa 2, 277 N. 4. Derselbe Gedanke liegt auch Dig. 26, 7, 55, 1, Tryphonin: „non tam invito domino“ zugrunde.

3. De depositione pecuniae.

Schon Rudorff hatte diese Ediktsklausel aus den Quellen herausgelesen; Lenel S. 305 bestreitet ihre Existenz, aber Karlowa 2, 1190, hat m. E. Rudorffs Ansicht ausreichend begründet. Lenel gibt zu, daß die Deposition durch eine Rechtsquelle, etwa durch einen Senatsschluß oder durch ein Reskript vorgeschrieben gewesen sei, und daß diese Rechtsquelle dem Prätor eine Anweisung gegeben habe, auf die ordnungsmäßige Verwendung der hinterlegten Gelder zu halten. Eben als Folge dieser Anweisung sehe ich die Verkündigung jenes Edikts an. Zu erinnern ist auch an Paulus Dig. 3, 3, 73: praeses jubeat in aede sacra pecuniam deponi; hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis, d. h.: Die Hinterlegung der Mündelgelder befiehlt der Statthalter, nämlich, was hinzuzudenken ist, im Edikt; woher kennt sonst der Jurist dessen allgemeinen Befehl?

IV. De suspectis tutoribus.

Diese Klausel dürfte nach Lenel § 123 sehr allgemein gelautet und wohl nur die Verheißung der Remotion enthalten haben, da sich bei Ulpian durchaus kein Anklang an Ediktsworte finde. Wäre dieser Grund ausschlaggebend, so hätte man das Recht, die ganze Klausel in Zweifel zu ziehen. Justinian hat sie und den Kommentar dazu gestrichen. Wieviel er gestrichen hat, wissen wir nicht, es kann ebensogut viel wie wenig gewesen sein[1]); ich entscheide mich für das erstere.

Der Inhalt des Edikts läßt sich der Stoffeinteilung bei Ulpian Dig. 26, 10, 1, 1 entnehmen.[2]) Mit igitur knüpft er an den Wortlaut des Edikts, den er vorangestellt hatte, an. Seine erste Frage ist: Woher stammt das crimen suspecti? Antwort: Aus den XII Tafeln. Hieraus wäre zu schließen, daß das Edikt ein Ziviledikt gewesen ist, wenn sich eigene Zutaten des Prätors wahrscheinlich machen ließen, und das ist der Fall. Karlowa[3]) urteilt ganz richtig, daß der Prätor die zivilrechtlichen Bestimmungen erweitert habe. War es

---

[1]) Taubenschlag 29ff. nimmt je ein Edikt über die accusatio und über die remotio an.

[2]) Sie ist nicht vollständig überliefert: Taubenschlag 27ff.

[3]) Röm. Rechtsgesch. 2, 284.

ein Ziviledikt, so wird es im ersten Teile ausdrücklich auf die XII Tafeln Bezug genommen haben. Die Zusätze des Prätors zeigen sich, wenn man Ulpians Kommentar in L. 1 cit. weiter verfolgt. Zwar der § 4, welcher die Frage, apud quos postulari quis possit tutor vel curator (§ 1), beantwortet, ist ulpianische Einschaltung. Aber in den §§ 6 und 7 hält sich der Jurist wieder an den Ediktswortlaut, indem er auf die Antragsberechtigten eingeht. Im § 6 sagt er: Sciendum est quasi publicam esse hanc actionem; daß jedweder zur accusatio befugt ist, kann der Prätor nicht verschwiegen haben. Wenn sodann nach § 7 nah verbundene Frauen admittiert werden, so ist auch hierfür eine ediktale Bestimmung anzunehmen. Gordian ferner in Cod. 5, 43, 6, 3 nennt unter andern Antragsberechtigten die infames und stellt die Zuziehung der Kognaten zur Untersuchung als notwendig hin: Beides kann nur auf Satzung beruhen, und das wird eben das Edikt sein.

§ 17. Lex Julia de bonis cedendo.

I. Wenn ein Gläubiger den Schuldner nach der cessio bonorum, die ja Schuldbefreiung nicht bewirkte, von neuem verklagen will, weil dieser wieder zu Vermögen gekommen sei, so gewährt ihm der Prätor die actio anscheinend nur unter gewissen Voraussetzungen.

1. Gratian im Cod. Theod. 4, 20, 1 v. J. 379 versagt die Wiederholung der Klage, wenn der Schuldner sein Vermögen durch schwere Unglücksfälle verloren hatte. Der Wortlaut dieses Gesetzes stimmt auffallend mit dem überein, was etwa 300 Jahre früher Seneca De beneficiis 7, 16, 3 als vermutlich zu seiner Zeit geltendes Recht vorgetragen hatte. Wlassak[1]) findet den Grund dieser Übereinstimmung mit Recht darin, daß beide dieselbe Quelle benutzt haben, und er denkt dabei an die lex Julia de bonis cedendo. Das ist gewiß richtig, aber ich meine, daß das Gesetz den Prätor zur Denegation angewiesen, und daß dieser ein entsprechendes Edikt aufgestellt hat; beides liegt in der Sache selbst.

---

[1]) Bei Pauly-Wissowa 3 Sp. 1996.

Die Denegation setzte causae cognitio voraus; natürlich konnte der Prätor auch die actio mit exceptio geben.

2. Die Kognition des Prätors erstreckte sich wohl noch auf einen andern Punkt. Wenn ihm nämlich nicht glaubhaft gemacht wurde, daß der Schuldner nach der Vermögensabtretung so viel erworben habe, daß er die Schuld ohne Gefährdung seines Unterhaltes bezahlen könne, so denegierte er die wiederholte actio. Das schließe ich aus Dig. 42, 3, 7, Modestin 2 pand.; denn zu permittitur ergänze ich in Gedanken: „edicto", wobei wieder das Edikt auf der lex Julia beruht haben kann. Außerdem sagt Gordian Cod. 7, 72, 3 dasselbe, und am Schlusse beider Stellen ist eine ziemliche Übereinstimmung des Wortlautes festzustellen, eine Neuerung Gordians aber liegt nicht vor.[1])

3. Gab der Prätor dem nachsuchenden Gläubiger die wiederholte actio, so mußte er doch die condemnatio der Formel einschränken, damit der minder leistungsfähige Schuldner nicht auf das Ganze verurteilt werde, und darum hängte er ihr das „in id quod facere potest" an.[2]) Das Edikt wird diese Kondemnationsminderung erwähnt haben.

II. Die soeben in N. 2 angeführte Stelle Ulpians stammt aus seinem lib. 59 ad edict. Darum meine ich, daß die obigen Edikte im Album unter der Rubrik: „Qui ex lege Julia bonis cesserit" (Lenel 399) vereinigt waren. Auch Modestin setzt in Dig. 42, 3, 7 cit. für die Wiederholung der Klage nicht die Personalexekution, von der Ulpian bereits im lib. 58 ad edict. gehandelt hatte, sondern die venditio bonorum, zu der die genannte Ediktsrubrik gehört, voraus.

Dritter Teil: Mandierte Edikte gemäß einem senatusconsultum.

§ 18.

I. Sc. de aleatoribus (Lenel § 64/63).

Das Glücksspiel hatte anscheinend zuerst eine lex[3]), danach ein Senatsschluß verboten; über letzteren berichtet

---

[1]) S. Ulp. Dig. 42, 3, 6; dazu Just. Cod. 7, 71, 7.

[2]) Ulp. Dig. 42, 3, 4 pr. und Inst. 4, 6, 40. Es ist zweifelhaft, ob die Rechtswohltat zur Zeit der Klassiker denselben Inhalt hatte, den ihr Justinian beilegt: Wlassak a. a. O. Sp. 1998.

[3]) Karlowa 2, 1347.

Paulus Dig. 11, 5, 2, 1. Aus dem gesetzlichen Spielverbot erklären sich die zwei von Lenel angeführten Klauseln des Edikts De aleatoribus. Die eine kündigt denegatio actionis auf den Gewinn an, die andere verheißt die repetitio des gezahlten Spielverlustes. Aus der ersteren ist zu schließen, daß der Senat den Prätor zur Aktionenverweigerung aufgefordert hatte; der Senatsschluß fiel also in vorhadrianische Zeit, und das ergibt sich auch aus der ediktalen exceptio negotii in alea gesti (Lenel § 278).

Das Edikt ist ein mandiertes und wird dementsprechend auf den Senatsschluß ausdrücklich hingewiesen haben.

II. Sc. über die Revokation der usucapio pro herede nach Gajus 2, 57 (Lenel § 65 a. E.).

Der Senat erklärte nicht die Ersitzung für ipso jure wirkungslos, sondern schrieb nur die Aufhebung ihrer Wirkung vor: ut tales usucapiones revocarentur. Er wendete sich also an diejenigen Stellen, welche die Vernichtung der zivilrechtlichen Wirkungen der Ersitzung durchzuführen in der Lage waren. Das war neben den Zentumvirn vor allem der Prätor. Lenel will es unentschieden lassen, ob dieser ein Edikt gab oder nur einen Zusatz zur Formel machte; von dem in dieser Abhandlung vertretenen Standpunkt ist ein Edikt anzunehmen, und als mandiertes enthielt es vermutlich den wörtlichen Hinweis auf den Senatsschluß.

III. Sc. Trebellianum (Lenel § 68).

Nach Gajus 2, 253 (= Inst. 2, 23, 4):

> ... senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem conpeterent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.[1])

Geben soll die Aktionen der Jurisdiktionsmagistrat, also der Konsul, aber auch der praetor urbanus und pere-

---

[1]) S. auch Gajus 2, 258 = Inst. 2, 23, 6; Ulp. 25, 14 und 16; Dig. 36, 1, 1, 2.

grinus, und daher liegt in obigen Worten eine indirekte Weisung an ihn; vielleicht folgte am Schlusse eine direkte, wie wir sie oben S. 241 kennengelernt haben. Der Prätor ist ihr nachgekommen; denn „per quod senatusconsultum" bezieht sich auch noch auf den folgenden Satz: „Praetor enim utiles actiones . . . dare coepit." Damit ist aber nicht die bloße Übung gemeint, sondern ein Edikt, und für dieses hat sich z. B. Kipp (s. oben S. 242) mit aller Bestimmtheit ausgesprochen.

Ulpian und Paulus erläutern in ihren Ediktskommentaren ausführlich den Begriff restituta hereditas (Lenel 179 N. 6). Lenel läßt es offen, ob sie den Wortlaut des Senatsschlusses oder die Formel zur Vorlage gehabt haben; nach Paulus 20 ad edict. (Sitz der Lehre), Dig. 36, 1, 41 (40), muß man sich für das erstere entscheiden. Und sie konnten den Senatsschluß im Ediktskommentar auslegen, weil das Edikt auf ihn Bezug genommen hatte und obenein mit ihm wörtlich übereinstimmte.

IV. Sc. Pegasianum.

Gajus 2, 258 (= Inst. 2, 23, 6) sagt, daß nach diesem Senatsschluß der Fiduziar jussu praetoris adeat et restituat; so auch z. B. Celsus Dig. 36, 1, 2. Dafür wählt Ulpian 25, 16 die Ausdrucksweise: cogetur a praetore adire et restituere; anderer Zeugnisse bedarf es nicht.

Daß der Prätor zwingen soll, hat der Senat bestimmt, und der prätorische Zwang läßt sich ohne Edikt nicht denken.

V. Sc. Macedonianum (Lenel § 104).

Im Senatsschluß (Dig. 14, 6, 1 pr.) stand: ne . . . actio petitioque daretur; also wieder eine indirekte Anweisung[1]) an den Prätor. Ihr folgte, wie immer in solchen Fällen, ein Ausführungsedikt.[2]) Lenel (265 N. 9) verwirft es, weil von einem solchen nichts überliefert sei. Das ist begreiflich: Die Juristen erläutern statt des Edikts den Senatsschluß, zum mindesten denjenigen Teil, der im Wortlaute des Edikts wiederkehrt (Stellen bei Lenel 265 N. 10). Wir kennen diese ihre Gepflogenheit jetzt zur Genüge.

---

[1]) So auch Girard-Mayr 563 zu N. 7.

[2]) Dafür Rudorff, Edict § 108.

VI. Sc. Vellaeanum (Lenel § 105).

1. Der Senat wendet sich ausdrücklich an die Jurisdiktionsmagistrate (Ulp. Dig. 16, 1, 2, 1), und sie werden es an einem Ausführungsedikt nicht haben fehlen lassen. Ulpian a. a. O. gibt in seinem Ediktskommentar den Wortlaut des Senatsschlusses wieder und kündigt an, daß er ihn ausführlich erläutern will (L. 2 § 2 ibid.); auch Paulus 30 ad edict. interpretiert ihn. Wie die Juristen dazu kamen, wissen wir aus dem vorher Gesagten.

2. Dem mandierten Edikt hat der Prätor zwei Zusatzedikte angefügt, da der Senatsschluß selbst enger gefaßt war. Das erste gewährte die actio restitutoria, das zweite die sog. institutoria; beiden Edikten folgten die Formeln (s. Lenel).

3. Spätere Ausdehnungen des Senatsschlusses (s. namentlich Alex. Cod. 4, 29, 4) werden auf einfacher Interpretation des „intercedere" beruht haben.

VII. Scta über den major 20 annis pretii participandi causa venire se passus (Lenel § 178 a. E.).

Nach Pomponius Dig. 40, 13, 3 haben mehrere Senatsschlüsse als Strafe für den Betrüger die Denegation der assertio in libertatem ausgesprochen. Ob die Stelle, abgesehen vom justinianischen proclamare, den genauen Wortlaut eines der Senatsschlüsse angibt, kann zweifelhaft sein[1]; doch kehrt das denegare oder ein ähnlicher Ausdruck in den übrigen Fragmenten desselben Titels wieder, so daß kein Zweifel sein kann, daß der Senat wirklich die Assertion untersagt hatte. Kipp[2]) sieht hierin mit Recht eine Anweisung an den Prätor — später ist es der de liberalibus —, und Lenel gibt zu, daß dieser in einem Edikt auf die Senatsschlüsse Bezug genommen hat. Daß es ein mandiertes war, wird hiernach nicht bestritten werden.

---

1) Gradenwitz, Interpol. 101.

2) Gesch. d. Quellen, 3. Aufl., 62.

Vierter Teil: Mandierte Edikte gemäß einer constitutio principis.

§ 19.

Einleitungsweise führe ich das Edikt des praefectus Aegypti Ti. Julius Alexander v. J. 68 n. Chr. (Bruns 1 Nr. 72) an: *ἑπόμενος τῇ τοῦ θεοῦ Σεβαστοῦ βουλήσει κελεύω.*

Die Rechtsquellen enthalten folgende Fälle.

I. Ungenannte Kaisererlasse über die Verpflichtung des Tutors zur Kautionsleistung mit nachfolgendem Edikt des Prätors: s. oben S. 292.

II. Epistula Hadriani über das beneficium divisionis unter Mitbürgen.

Lenel 211 hat nachgewiesen, daß der Prätor im Anschluß an diese Verordnung ein Edikt dahin erlassen hatte: Er werde dem Gläubiger die Klage auf das Ganze gegen den Bürgen denegieren, falls der Mitbürge solvent sei.

Der Kaiser hatte nicht Zivilrecht geschaffen, da die Teilung der Forderung nicht ipso jure eintrat (Gajus 3, 121 und Dig. 46, 1, 26); ferner denegierte der Prätor die actio: Beides weist auf ein mandiertes Edikt hin.

Das Edikt bezeugen nur die Sentenzen des Paulus 1, 20. Weder Gajus 3, 121 cit., noch die Digesten (46, 1, 26—28) enthalten von ihm eine Spur. Diese Tatsache verdient deshalb hervorgehoben zu werden, weil sie beweist, daß das Schweigen der justinianischen Kompilation das Vorhandensein eines Edikts nicht ausschließt.

III. Epistula Hadriani de ventre in possessionem mittendo.

Ulpian Dig. 43, 4, 3, 3 berichtet:

> . . . ex epistula divi Hadriani ad exemplum Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.

Die Verordnung hatte also eine neue Ediktsklausel zur Folge. Sie fällt vielleicht mit dem von Ulpian Dig. 37, 9, 1, 14 erwähnten Reskript desselben Kaisers zusammen[1]), und dieses war an einen Prätor gerichtet. Es enthielt eine Anweisung an ihn; wie sie lautete, wird sich schwer feststellen lassen, da die Stelle von Justinian stark verändert

[1]) So Wlassak, Krit. Stud. 107; aber man darf zweifeln.

worden ist.[1]) Wahrscheinlich sollte die Frau um ihrer Leibesfrucht willen vorläufig ohne weiteres in possessionem mittiert werden. Sind die Worte: „operam daret, ne praejudicium fiat ei, quod in utero est" ursprünglich, so hat der Kaiser mit dem operam dare einen Ausdruck gewählt, der oben S. 241 als Kennwort einer Senatsanweisung bezeichnet worden ist. Jedenfalls haben wir das Edikt als mandiert zu denken.

IV. De bonorum possessione ex testamento militis.

Kaisermandate haben Bestimmungen über das Soldatentestament getroffen. Wenn der (senatorische) Prokonsul im Anschluß an sie ein Edikt erlassen hat (Gajus Dig. 29, 1, 2), so wird es auch der Prätor getan haben (so Lenel § 155). Ob er aber einer ausdrücklichen Anweisung des Kaisers folgte oder aus eigenem Antriebe das Kaiserrecht in sein Album übernahm, läßt sich nicht entscheiden.

Dritte Abteilung.

Edictum monitorium und edictum breve.

§ 20. Im allgemeinen.[2])

Plinius der Jüngere schreibt in der Ep. 5, 9 [21], 3 über den Prätor Licinius Nepos:

> Proposuerat breve edictum, admonebat accusatores, admonebat reos exsecuturum se quae senatus consulto continerentur. Suberat edicto senatus consultum hoc: Omnes, qui quid negotii haberent, jurare prius quam agerent jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse promisisse cavisse.

Über die Vorgeschichte dieses Edikts s. Plinius, Ep. 5, 4 und 5, 13 [14].

---

[1]) Das habe ich in einer größeren, als Beitrag zu der Festgabe für Perozzi bestimmten Abhandlung: „Das summatim cognoscere Justinians" dargelegt; das Manuskript ist seit August 1914 in den Händen Bavieras.

[2]) H. Pernice, Miscellanea (1870) 89ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. 1, 635f.; P. Krüger, Gesch. d. Quell., 2. Aufl., 226; 231; s. auch die von diesen angeführte Literatur.

I. Nepos war Repetundenprätor, Plinius nennt ihn praetor qui legibus quaerit.[1]) Hier ist also das Edikt eines Quästionenprätors bezeugt. Plinius erzählt weiter, daß der Zentumviralgerichtsprätor erwogen habe, ob er nicht dem Beispiel des Nepos folgen solle; also edizierte dieser ebenfalls nach Bedarf. Beide Tatsachen ergeben ohne weiteres für die vorhadrianische Zeit edicta perpetua auch der Sonderprätoren; das Fehlen einer ausdrücklichen Nachricht[2]) macht nichts aus. Sollten denn deren Nachfolger die als zweckmäßig befundenen Edikte der Vorgänger nicht proponiert haben, bloß weil sie nicht Urbanprätoren waren?

II. Der Prätor Nepos „admonierte" die Ankläger und die Beschuldigten: Heißt dies, daß er sie ermahnte oder warnte? Nein; denn dann müßte admonere mit ut verbunden sein. Leider hat man auf die Konstruktion nicht geachtet, und deshalb entging den Auslegern der wahre Sinn der Pliniusstelle. Mit dem acc. c. inf. bedeutet admonere erinnern; es wendet sich an das Gedächtnis, nicht oder doch nicht in erster Linie an den Willen. Der Admonierte soll sich etwas merken, und damit kann zugleich gemeint sein, daß er sich danach richten soll.

Was dazu bestimmt oder geeignet ist, jemanden an etwas zu erinnern, heißt (ad)monitorius; das Edikt des Nepos kann man also ein edictum (ad)monitorium nennen. Damit ist der Zusammenhang mit dem rätselhaften Werke des Callistratus: „Libri ad edictum monitorium" hergestellt. Bisher lehnte man ihn ab, weil man, wie gesagt, (ad)monere durchweg mit ermahnen übersetzte. Unter einem Ermahnungsedikt konnte man sich freilich nichts Besonderes vorstellen, und doch weist das Adjektiv auf eine Besonderheit der Edikte hin; ein Erinnerungsedikt entspricht diesem

---

[1]) Mommsen, Röm. Strafr. 706 N. 3; damit ist das Versehen im Staatsr., 3. Aufl., 2, 222 N. 1, berichtigt. Der obige Ausdruck trifft für alle Quästionenprätoren zu, da alle quaestiones perpetuae auf leges beruhten. Technisch war er wohl nicht; so heißt der judex quaesitionis rerum capitalium bei den Schriftstellern schlechtweg judex quaestionis (Mommsen, Staatsr. 2, 1, 586 N. 2), und H. Pernice erinnert mit Recht an die landläufigen Bezeichnungen praetor urbanus und peregrinus.

[2]) P. Krüger a. a. O. 38 und 93.

Erfordernis, wenn man nur die Pliniusstelle durchdenkt. Nepos erinnerte in seinem Edikt an einen Senatsschluß[1]) mit dem Zusatze, daß er ihn in Anwendung bringen werde. Ein monitorisches Edikt ist also allgemein ein solches, das an eine andere Rechtssatzung oder Rechtsquelle erinnert, mag die letztere eine lex oder ein Senatsschluß oder ein Kaisererlaß oder endlich ein anderes Edikt des prätorischen Albums sein. Plinius hat den Juristenausdruck gekannt und in obiger Stelle auf ihn angespielt.

Ob dieser Schluß aus Plinius auf Callistratus zutrifft, muß der Inhalt der libri ad edictum monitorium ergeben; die Untersuchung folgt im nächsten Paragraphen.

III. Plinius nennt das admonierende Edikt des Nepos breve edictum. Gewiß, es bestand nur aus wenigen Worten; denn der beigefügte Wortlaut des Senatsschlusses ist nur eine gutgemeinte Zugabe, nicht mehr Ediktswortlaut. So braucht breve edictum ein technischer Ausdruck nicht gewesen zu sein.[2]) Aber er kann technisch gewesen sein, und er wird es bei Plinius deswegen gewesen sein, weil auch sein admonere auf einen Kunstausdruck zurückgeht. Mit der Kürze des Edikts muß es dann eine besondere Bewandtnis gehabt haben. Nepos hat sich im Edikt selbst insofern kurz gefaßt, als er kein in sich verständliches, kein geschlossenes aufgestellt hat, vielmehr ist sein Inhalt aus dem im Edikt angeführten und hinter dem Edikt im Wortlaut mitgeteilten Senatsschluß zu ergänzen.

1. Man wird, um dies glaubhaft zu finden, noch mehr Zeugnisse fordern. Hier sind sie.

a) Cicero ad Att. 6, 1, 15 (v. J. 51) nennt sein kilikisches Edikt breve edictum, und zwar deshalb, weil es eigentlich

---

[1]) Wir wissen von mehreren Senatsschlüssen des Inhalts, den der von Nepos in das Gedächtnis seiner Mitbürger gerufene gehabt hat; sie stammen aus d. J. 49, 54 und 58 n. Chr. (Mommsen, Röm. Strafr. 706). Die öftere Wiederholung zeigt, daß die Vorschrift mißliebig war und die Prätoren sich nicht um sie gekümmert hatten (vgl. Plinius 5, 13 [14], 7). Sie waren vermutlich Anweisungsgesetze. — Auffrischung alter Satzungen s. auch in den Edikten des Präfekten von Ägypten bei E. Weiß, Studien 84.

[2]) So P. Krüger 92 N. 1.

nur aus zwei Teilen besteht, da er im dritten eine selbständige Regelung nicht bringt. Dieser dritte Teil fehlt nicht ganz, aber er enthält nur die Ankündigung, daß sich der Edizent nach den städtischen Edikten richten werde. Damit verweist Cicero kurz auf eine andere Rechtsquelle, und um dieses dritten Teiles willen ist sein Edikt breve.

b) Fragm. Vat. 323 (mit 322, von Ulpian oder Paulus):

Quod ait (der Prätor) „alieno nomine", item „per alios" breviter repetit duo edicta cognitoria.

Hier verweist das Edikt auf zwei andere Edikte (Lenel § 30 mit §§ 25 und 26), und das nennt der Jurist eine kurze Wiederholung.

2. Die „Kürze" aller drei Edikte besteht in der Verweisung auf eine andere Rechtsquelle; das ist hier ihre besondere Bedeutung. Damit komme ich ungefähr auf die Meinung Huschkes zurück; zu fragm. Vat. 310 erklärt er den Titel des paulinischen Werkes so, daß in den edicta brevia „pr. urbanus non de suo quidquam statuerat, sed proposita aliqua lege vel SCto se secundum eam legem jus dicturum esse breviter subnotaverat". Auch Wencks[1]) Satz, daß der Prätor in den brevia edicta neue Gesetze zum Lesen und Beachten ausstellte und ältere in das Gedächtnis zurückrief, ist von der Wahrheit nicht weit entfernt.[2])

3. Nimmt man breve edictum im obigen Sinne, so deckt sich der Ausdruck inhaltlich mit dem vorher besprochenen: Edictum monitorium; beide bezeichnen ein kurzes, weil auf eine andere Rechtsquelle Bezug nehmendes Edikt. Plinius hat mit Recht beide in einem Atem für dieselbe Sache gebraucht.[3])

Von hier aus fällt auf das Werk des Paulus: Libri bre-

[1]) Praef. zu Haubolds Op., T. 2, S. XXXV.

[2]) Das Richtige ahnend, nahm G. Hartmann (s. oben S. 236 N. 1) „Ziviledikte mit kurzen Sätzen" an.

[3]) Damit sind die quaedam admonitoria bei Just. Const. Deo auctore § 12 zu vergleichen. Es sind „kurze Bemerkungen", Bemerkungen nach ihrem Wortsinn, kurz nach einer nur herkömmlichen Bedeutung des Wortes. — Wie der Zufall spielt! Das in neuerer Zeit sog. Breviarium Alarici wurde den Grafen des Reichs mit einem Commonitorium des Königs zugestellt (P. Krüger 350f.).

vium[1]) oder brevis edicti Licht. Es war ein Ediktskommentar gleich dem Kommentar des Callistratus ad edictum monitorium; der Nachweis im einzelnen bleibt dem § 22 vorbehalten.

Daß der Bericht des Plinius und die beiden Kommentare zusammengehören könnten, hatte man schon vor Rudorff[2]) bemerkt (s. darüber H. Pernice 89ff.), nur hatte man bisher nicht den richtigen Gesichtspunkt gefunden.

IV. Nach Plinius hatte der Prätor Nepos seinem kurzen Edikt den Wortlaut des Senatsschlusses folgen lassen, aber, wie es scheint, nicht den ganzen Wortlaut, sondern nur einen Satz, nämlich denjenigen, der die Norm für seine Jurisdiktion enthielt.

Nepos hatte damit gewiß nichts Außergewöhnliches getan; wie ich schon mehrmals bemerkte, stelle ich mir jedes Ausführungsedikt so vor.[3]) Nepos liefert den Beweis dafür.

V. Die edicta monitoria s. brevia stellen sich nach dem Gesagten als Ausführungsedikte, sei es Zivil-, sei es mandierte Edikte, heraus. Aber beide Begriffe decken sich nicht ganz. Denn Callistratus und Paulus rechnen, zweifellos in Übereinstimmung mit dem herkömmlichen Sprachgebrauch, zu ersteren alle Verweisungsedikte überhaupt. Daher behandeln sie in ihren Kommentaren auch diejenigen selbständigen Edikte des Prätors, denen eine allgemeine, auf die gesetzlichen Ausnahmen aufmerksam machende Klausel angefügt ist, sowie diejenigen, welche aus irgendeinem andern Grunde ein bestimmtes Gesetz nennen (s. oben S. 233ff.), oder die einen Hinweis auf ein anderes prätorisches Edikt enthalten. Den Nachweis hierfür erbringen die Übersichten der beiden folgenden Paragraphen.

---

[1]) Zu ergänzen ist: edictorum, nicht, wie Lenel, Paling. 1 Sp. 955 annimmt: ad edictum. — Die in fragm. Vat. 310 stehende inscriptio: lib. 23 ad edictum de brevibus ist entweder eine Entstellung oder eine nicht aufgeklärte Abkürzung.

[2]) Ed. perp. 14 und Röm. Rechtsgesch. 1, 150 N. 20.

[3]) Hiergegen hat sich mit aller Entschiedenheit Wlassak, Edikt 90 N. 4 erklärt. Bei Aktionen, die unmittelbar aus Gesetzen hervorgehen, gibt der Prätor freilich nur die Klagformeln, also ohne den Wortlaut des Gesetzes, mögen diesen auch die Kommentare bringen; so mit Recht Wlassak ebenda 90.

VI. Und sie lehren noch eins. Enthält nämlich ein Edikt eine monitorische Klausel, so kommentieren die beiden Juristen nicht nur diese, sondern das ganze Edikt, zu dem sie gehört, also auch die nichtmonitorischen Klauseln desselben.

§ 21. Callistratus.

I. Nachgewiesene Verweisungsedikte.

1. Im lib. 1 ad edict. monitor.

a) Dig. 2, 6, 2: Ziviledikt De in jus vocando; s. oben S. 256 f.

Callistr. bespricht in dieser Stelle das selbständige Zusatzedikt des Prätors (Lenel 69 N. 3; 5; 9).

b) Dig. 46, 3, 85 (Lenel 78 N. 7): Ziviledikt De postulando; s. oben S. 257 ff.

c) Dig. 4, 1, 4; 4, 4, 45; 4, 8, 41: Mandiertes Edikt De minoribus; s. oben S. 287 ff.

Zu der letztgenannten Stelle s. Lenel 126 N. 9 und 112 N. 13, sowie Wlassak, Prozeßges. 1, 176.

2. Im lib. 2.

Dig. 4, 6, 2; 4; 9; 11; 14 (Lenel 116 N. 12 und N. 8): Beschränktes Edikt Ex quibus causis majores; s. oben S. 234.

3. Im lib. 3.

a) Dig. 3, 5, 28: Zur Formel der actio tutelae (Lenel 308 N. 9) und

Dig. 26, 2, 18: Zum rein prätorischen Edikt über die Gestion des Vormundes (Lenel 306 N. 4).

Callistratus behandelt das ganze Edikt über die Vormundschaft wegen der mandierten Ediktsklauseln De dandis tutoribus und De depositione pecuniae, sowie wegen des Ziviledikts De suspectis tutoribus; s. oben S. 290 ff.

b) Dig. 38, 1, 38 (Lenel 327 N. 7): Ziviledikt De operis libertorum; s. oben S. 280 ff.

c) Dig. 36, 4, 13 (Lenel 357 N. 5): Verweisungsedikt Ut in possessionem leg. serv. c. esse liceat; s. oben S. 236.

II. Vermutete Verweisungsedikte.

1. Im lib. 2.

a) Dig. 9, 4, 32: De noxalibus actionibus.

Die Kompilatoren haben aus den Ediktskommentaren nur sehr wenig herausgenommen. Die ersten 20 Fragmente des obigen Digestentitels entstammen nicht denjenigen Büchern der Kommentare, die den Sitz der Lehre bilden, und von den drei Klagformeln, die Lenel 159ff. bespricht, sind die ersten beiden durch keine Stelle aus ebendiesen Büchern belegt. Was sich daher als sicherer Inhalt des Ediktstitels ermitteln läßt, ist gering. Die einzige von Lenel 156 nachgewiesene Klausel betrifft den abwesenden Sklaven, und sie wird rein prätorischen Ursprungs sein. Aber der Titel des Albums scheint reichhaltiger gewesen zu sein; ich gehe nur auf den Fall des anwesenden Sklaven ein.

Ulpian behandelt ihn in L. 21 pr. D. h. t. (Lenel 156 N. 4). Was in seinem Kommentar vorherging, mag Auslegung eines Edikts gewesen sein, und das ist um so glaublicher, als er in L. 21 § 1 mit Bezug auf denselben Fall sagt: quod ita puto accipiendum. Diese Worte deuten auf ein gestrichenes Zitat (Lenel 156 N. 3), zitiert kann nur ein Ediktsteil oder ein zivilrechtlicher Satz gewesen sein.

Da die Materie über die Noxalhaftung des Herrn zivil war und der Prätor mindestens ein selbständiges Edikt dazu erlassen hat, so darf ein grundlegendes Ziviledikt angenommen werden.

b) Dig. 6, 1, 50: De Publiciana.

Die Sache, deren Herausgabe mit dieser prätorischen Klage verlangt werden kann, muß ersitzbar sein: so Ulpian Dig. 6, 2, 9, 5. Näher läßt sich Paulus in L. 12 § 4 D. ibid. aus:

> Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

Wichtig ist hier das Praesens tuetur, es deutet m. E. auf eine Ediktsklausel. Sie wird Paulus in den Anfangsworten wörtlich zitiert haben, nur daß sie von den Kompilatoren etwas geändert worden sind (s. nachher); übrigens verrät sich deren Hand auch im folgenden Satzteil:

eo casu — his casibus. Die Ausnahme hebt auch Gajus L. 13 § 2 D. h. t. hervor: lege non prohibente. Ich halte es daher für höchstwahrscheinlich, daß der Prätor seinem Edikt die Klausel:

extraquam si tale est, ut id lex senatus consultum edictum decretum principis alienari prohibeat

angehängt hatte.

Vielleicht wendet man ein: Diese Ausnahme steckt ja schon in den Worten des Hauptedikts: nondum usucaptum; denn sie setzen eine res habilis voraus. Aber wer z. B. eine gestohlene Sache besitzt, von dem kann man ebenfalls sagen, daß er sie noch nicht ersessen hat, da er sie doch ersitzen kann, sobald er sie vom Bestohlenen erwirbt. Deutlicher war es jedenfalls, und es konnte nichts schaden, wenn der Prätor die Ausnahme ausdrücklich erwähnte.

2. Im lib. 4.

Dig. 31, 63.

Lenel, Paling. Callistr. Nr. 73, dachte zweifelnd an die Ediktsrubrik De sumptibus funerum, aber im Ed. perp. hat er diese Annahme nicht wiederholt.

Ähnliche Fälle, wie den von Callistratus entschiedenen, besprechen Julian 39 digest. Dig. 36, 1, 25, 2 und Scaevola 4 respons. Dig. 31, 89, 7, beide unter der Rubrik De legatis. Für Buch 4 unseres Juristen aber kommt diese Rubrik nebst den sich anschließenden nicht in Betracht, da er von den Vermächtnissen schon im Buch 3 gehandelt hatte.

Ferner ist mit der Callistratusstelle Ulpian 24 ad edict. (Ad exhibendum) Dig. 10, 4, 9, 4 und die Parallelstelle Ulpian 79 ad edict. Dig. 36, 3, 1, 17 zusammenzuhalten. Die letztere gehört zum Kommentar über die Formel der cautio legatorum servandorum causa, und es ist denkbar, daß auch Callistratus seinen Ausspruch in der Lehre von dieser Formel getan hat.[1]) Dann aber fragt es sich, welchen monitorischen Bestandteil sie gehabt habe. Wahrscheinlich sind die Formel-

[1]) Gegen die actio in factum der beiden recht schwierigen Stellen Ulpians, derjenigen des Callistratus und des Atilicin bei Pomp. Dig. 30, 48 habe ich großes Mißtrauen. Erstere zeigen, daß der ordentliche Rechtsbehelf die cautio leg. serv. c. war, und sie wird bei den klassischen Juristen die Stelle der justinianischen actio in factum eingenommen haben.

worte: „ex testamento Lucii Titii dari fieri oportet oportebit" als solcher aufzufassen, weil sie auf eine zivilrechtliche Einrichtung und damit auf das jus civile verweisen. Der Fall ist dem des Ziviledikts De operis libertorum verwandt.

III. Nicht nachweisbare Verweisungsedikte.

Es bleiben nur vier Stellen übrig, die keinen Schluß auf ein Verweisungsedikt zulassen. Meine Auffassung vom Wesen des monitorischen Edikts vermögen sie nicht zu erschüttern; denn wer wollte einen vollen Beweis für sämtliche Callistratusstellen erwarten? Die Kompilatoren haben vielfach die aus den Werken der Klassiker ausgesuchten Fragmente aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange gerissen, und daher sind die justinianischen Titelrubriken, unter denen sie stehen, nicht unbedingt für ihren Platz im exzerpierten Werke beweisend. Sodann ist immer damit zu rechnen, daß wir wohl nie den vollen Wortlaut der überlieferten oder restituierten Edikte besitzen. Das sind bekannte Dinge.

Den nachfolgenden vier Stellen füge ich die Titelrubriken bei, unter die sie Lenel in seinem Ed. perp. eingeordnet hat.

1. Im lib. 1.
   a) Dig. 2, 13, 12, nach Lenel 59 N. 14: De edendo; man kann aber auch an das zweite Edikt De postulando denken, und dieses mag zum Teil ein Ziviledikt gewesen sein, das dritte war ein solches nach Obigem (S. 257 ff.).
   b) Dig. 47, 9, 6: De vadimoniis (Lenel 84 zu N. 4). Das Edikt kann auf die XII Tafeln oder die lex Pinaria oder ein jüngeres Prozeßgesetz verwiesen haben.
   c) Dig. 44, 7, 59: Die Rubrik läßt sich nicht ermitteln; s. Paling. Callistr. Nr. 61.
2. Im lib. 2.
   Dig. 11, 1, 1: De interrogationibus (Lenel 140 N. 8).

§ 22. Paulus.

I. Nachgewiesene Verweisungsedikte.

1. Im lib. 3 brevium.

   Dig. 4, 6, 8 (Lenel 116 N. 12 und N. 8): Beschränktes Edikt Ex quibus causis majores; s. oben S. 234.

2. Im lib. 6.

   Dig. 16, 1, 12: Mandiertes Edikt Ad sc. Vellaeanum[1]); s. oben S. 299.

Die Stelle bezieht sich wahrscheinlich auf die actio institutoria.

3. Im lib. 8.

   Dig. 26, 2, 21: Mandiertes Edikt De dandis tutoribus; s. oben S. 290ff.; und

   Dig. 26, 7, 14; 27, 3, 10 und 12: nach Lenel 308 N. 6 zur Formel des arbitrium tutelae gehörig; vgl. oben zu Callistratus S. 306 unter I 3.

4. Im lib. 23.

   Fragm. Vat. 310 und 311 (Lenel 493 N. 4): Verweisungsedikt Si quid contra legem: De legis Cinciae exceptione; s. oben S. 236.

II. Vermutete Verweisungsedikte.

Im lib. 16.

Dig. 42, 5, 26 und

Dig. 50, 17, 148: De privilegiariis creditoribus.

Es ist glaubhaft, daß einige Vorzugsrechte auf Gesetzen beruhen; s. die Liste bei Lenel § 219.

III. Nicht nachweisbare Verweisungsedikte.

Es sind verhältnismäßig viel Stellen, die ich nicht unter Verweisungsedikte unterzubringen vermag. Ich beziehe mich auf das oben S. 309 unter III zu Callistratus Gesagte.

1. Im lib. 6.

a) Dig. 13, 5, 22: De pecunia constituta (Lenel 240 N. 7).

---

[1]) Paulus muß das sc. Vell. außerdem in seinem großen Ediktskommentar erläutert haben, und drittens schrieb er einen lib. sing. ad sc. Vell.

Es ist müßig, daran zu erinnern, daß das Konstitut ein formloser, nichtziviler Vertrag, also ein pactum war, und daß daher der Prätor hier dieselbe Ausnahme wie bei den pacta (oben S. 234) gemacht haben könnte; denn ich habe dafür in den Quellen keinen Anhalt gefunden.

In der Stelle ist das sc. Trebellianum erwähnt; aber die Ediktsrubrik De fideic. hered. pet. (Lenel § 68) ist von den Rubriken, unter welche die im 6. Buche des Paulus behandelten Materien anscheinend gehören, zu weit entfernt, als daß sie für unsere Stelle in Frage käme.

b) Dig. 13, 7, 21: De pigneraticia (Lenel 246 N. 5).

c) Dig. 14, 1, 6: De exercitoria (Lenel 248 N. 7).

2. Im lib. 7.

a) Dig. 25, 1, 13: Soluto matrimonio dos (Lenel 294 N. 5).

b) Dig. 25, 2, 12: De rebus amotis (Lenel 298 N. 9).

3. Im lib. 16.

Dig. 50, 16, 55: De magistris faciendis (Lenel 409 N. 8).

Vierte Abteilung.

Das klassische Digestensystem.

§ 23.

I. Die Digesten des Celsus und des Julian und die gleichbetitelten oder ähnlichen Werke der Späteren[1]) umfassen außer dem Straf- und dem Prozeßrecht das gesamte Privatrecht, aus welcher Quelle es auch fließen mag, also das jus civile i. e. S. (die interpretatio prudentium), das honorarische Recht und das Recht der leges, der senatusconsulta und der constitutiones principum. Nach Lenels Feststellung[2]) zerfällt das Digestenwerk in zwei große Teile. Der erste enthält das jus civile und das jus honorarium, die beide nach der Ediktsordnung zu einer Masse vereinigt

---

[1]) s. P. Krüger 143 N. 21; vielleicht kommen noch Modestins pandectae hinzu.

[2]) Paling. 2 Sp. 1255f. und die Rubriken der Digestenwerke der einzelnen Juristen.

worden sind[1]); der zweite erläutert das jus legitimum oder das Gesetzesrecht i. w. S. von den XII Tafeln an bis zu den jüngsten Kaiserkonstitutionen.

1. Die Einteilung in zwei partes ist unbestreitbar; aber daß der zweite Teil die ihm von Lenel gegebene Überschrift De legibus et senatusconsultis verdiene, bestreitet P. Krüger[2]), da die Einzelwerke, die Paulus an die Stelle dieses Teils der Digestenordnung gesetzt habe, noch andere Materien behandelten. Der Einwand scheint mir insofern berechtigt, als die Überschrift durch die Kaisererlasse ergänzt werden muß. Rechnet man nämlich alle von Krüger aufgezählten Werke des Paulus zu jenem Digestenersatz, so knüpfen die überschüssigen Monographien größtenteils an Kaiserkonstitutionen an. Das Digestensystem enthält aber gegen das Ende folgende Rubriken: Appellation, Fiskal- und Militärrecht[3]), und diese Materien sind gerade durch die Kaiser geregelt worden. Danach fallen die Einzelwerke des Paulus wirklich in den Rahmen der Digestenordnung.

2. Meine Erörterungen über die Ausführungsedikte könnten auf den Einfall bringen, im zweiten Teile der Digesten seien die edicta monitoria s. brevia besprochen worden, Callistratus und Paulus hätten ihn demnach in ihren entsprechend betitelten Kommentaren verselbständigt. Aber dann müßten Celsus und Julian dem zweiten Teile ebenfalls das Ediktssystem zugrunde gelegt haben, wie es Callistratus und Paulus getan haben, und das ist zweifellos nicht geschehen.

3. Welches sonstige System der Digestenerfinder gewählt hatte, ist bisher nicht erkannt worden. Man hält es gewöhnlich für eine selbständige Ordnung, und Lenel S. 6 nennt gar die Einteilung ganz willkürlich. Ich glaube aber, daß, wie sich der erste Teil der Digesten nach der Ediktsordnung richtet, so der zweite dem Sabinussystem folgt, nur daß einige von den Kaisern geregelte Materien eingeschoben oder angehängt werden mußten.

---

[1]) Vielleicht nach dem Vorbilde des Plautius; s. Krüger 143.

[2]) S. 144 N. 22 mit S. 233.

[3]) P. Krüger 144; s. auch die Tabelle bei Lenel, Paling. 2 Sp. 1255f., dazu Paling. Hermogenian Nr. 104.

In der nachstehenden Übersicht habe ich Sabinus- und Digestensystem, beide nach der im ganzen anerkannten Ordnung[1]), nebeneinander gestellt; letzteres ist vollständig[2]), ersteres natürlich nur, soweit nötig, wiedergegeben.

Sab.	Dig.
De legitimis heredibus	Ad XII tab.: De legitimis heredibus mit sc. Tertullianum
[De donationibus mortis causa][3])	Ad legem Cinciam und mortis causa donatio (morte Cincia removetur)
De legatis, dabei ad legem Falcidiam	Ad legem Falcidiam
De patria potestate und andere Gewaltverhältnisse, jedenfalls Freilassung der Sklaven	De patria potestate mit den einschlagenden (nicht allen) Lehren der lex Cornelia de captivis und des postliminium[4]); ad legem

[1]) Lenel, Paling. 2 Sp. 1255ff. und Sabinussystem 90; P. Krüger 144, 164 und Additamentum 1 zum Corpus jur. civ.: Indices Digestorum.

[2]) Abgesehen von den hier nicht interessierenden drei Materien: Appellation, Fiskal- und Militärrecht.

[3]) Obige Rubrik ist nicht belegbar, aber es ist an sich wahrscheinlich, daß auf die erbrechtliche Universalsukzession die erbrechtliche Singularsukzession überhaupt und nicht bloß die Legatenlehre folgte, und diesen Satz stützen die leges Furia und Voconia, die neben dem Legat das mortis causa capere nennen (Gajus 2, 225 und 226; dazu Kniep, Gai comm. 2, H. 2, 372). — Bei dieser Annahme käme die Schenkung an drei Stellen des Sabinussystems vor: Im Erbrecht, bei der Dos (mitten darin: s. Lenel, Sabinussyst. 92) als Schenkung unter Ehegatten und drittens beim Eigentumserwerb als justa causa traditionis. In unsern streng systematischen Pandektenlehrbüchern ist es nicht viel anders. Nebenbei sei erwähnt, daß die compensatio an drei verschiedenen Stellen des prätorischen Albums vorkommt.

[4]) Lenel, Paling., hat hier die Rubrik: Ad legem Corneliam: De captivis et postliminio, P. Krüger verwirft sie; die Wahrheit liegt in der Mitte. Es gab nämlich in der Lehre von den potestates eine Unterabteilung, zu der die Rubrik paßt. Denn Julian 62 digest., Marcell 22 digest., Scaevola 15 quaest. und Papinian 29 quaest. behandeln nur die Einwirkung der Gefangenschaft des Vaters auf die Hauskinder und des Ehemannes auf die Ehefrau, sowie die Gefangenschaft der Hausangehöri-

	Aeliam Sentiam und vermutlich (Lenel) die übrigen Freilassungsgesetze
Eherecht (entweder im Anschluß an die Gewaltverhältnisse oder zusammen mit dem Dotalrecht)	Ad legem Juliam de maritandis ordinibus; ad legem Papiam
De furto, de arboribus succisis, de lege Aquilia	(De publicis judiciis:) De lege Julia de adulteriis, de lege Cornelia de falsis mit sc. Libonianum; ferner (Privatdelikte:) de lege Aquilia und de lege Rhodia (weil Sachentziehung mit Sachbeschädigung)
De verborum obligationibus	Bürgschaftsgesetze.

Ungezwungen also ergibt sich die Übereinstimmung beider Systeme. Celsus und Julian oder vielmehr ihr Vorgänger wird zufrieden gewesen sein, sich auch für pars 2 der Digesten an eins der bekannten Systeme halten zu können, und zudem stehen jus legitimum und jus civile in einem so engen Zusammenhange, daß für die Darstellung des Gesetzesrechts das Sabinussystem das gegebene war.

II. Der zweite Teil der Digestenordnung umfaßt zwar leges, senatusconsulta und constitutiones principum, aber durchaus nicht alle. Nach welchem Gesichtspunkte hat der Erfinder der Zweiteilung des Digestenwerks geschieden? In Betracht nehme ich nur die privatrechtlichen Gesetze.

1. Folgende leges gehören dem zweiten Teil an: Zwölftafelgesetz, von diesem aber nur das Intestaterbrecht[1]), Cin-

gen. Dazu stimmt, daß nach Lenel (Sabinussyst. 53) Ulpian 26 ad Sab. in die Lehre von der väterlichen Gewalt die Gefangenschaft des Hausvaters hineingezogen hat. Die Hauptrubrik Ad legem Corneliam dagegen findet sich bei Celsus 39 digest., d. h. am Schlusse des ganzen Digestensystems, insbesondere hinter den Bürgschaftsgesetzen, und die celsinischen Fragmente zeigen, daß hier die Lehre von der Gefangenschaft allgemein und ohne die obigen Beschränkungen dargestellt worden ist.

[1]) s. Lenels Tabelle in der Paling. 2 Sp. 1255; nicht auch noch Paulus respons. Nr. 1587?

cia, Falcidia, Freilassungsgesetze, Julia et Papia, Aquilia, Rhodia, Bürgschaftsgesetze und Cornelia de captivis.

Von den Senatsschlüssen sind nur zu nennen das Tertullianum und das Libonianum.[1])

Die Kaisererlasse endlich sind durch das Militärrecht und die epistula Pii über die Arrogation Unmündiger[2]) vertreten.

2. Es fehlen also zunächst die vereinzelten Nebengesetze, d. h. solche, die nur einige Punkte einer Materie geregelt haben, so z. B. die lex Atinia, die Julia et Plautia, das sc. Silanianum[3]) und andere.[4]) Daß die Fülle der kleineren Kaiserkonstitutionen in den ersten Teil der Digestenwerke hineingearbeitet worden ist, versteht sich.

3. Sodann sind dem zweiten Teile die Gesetze, für die der Prätor nach meinen obigen Untersuchungen Ziviledikte aufgestellt hat, ferngehalten; sie sind mit den Edikten selbst im ersten Teile behandelt worden.

Im einzelnen: Lex Julia de jurisdictione mit der Bestimmung Quod quisque juris[5]), In jus vocatio, Depositum und furtum, Personalexekution und Confessio in jure.[6])

4. Ferner sind auch die von mir angenommenen Anweisungsgesetze zusammen mit den mandierten Edikten in den Ediktsteil eingefügt worden.

a) So wird die lex Laetoria teils in der Lehre von der in integrum restitutio der minores (diese Rubrik findet sich

---

[1]) Julian Nr. 834—836 und Paulus quaest. Nr. 1414.

[2]) Papinian 31 quaest. Nr. 362—366 und vielleicht Marcell 26 digest. Nr. 252 und 253. Die Lehre fällt unter die größere Rubrik: De patria potestate.

[3]) Marcell Nr. 149—152 im Anschluß an die Lehre von der Testamentseröffnung. Scaevola dagegen hätte nach Lenel, Paling. Nr. 131 diesen Senatsschluß im zweiten Teile seiner Digesten behandelt; aber die eine Stelle scheint mir die Abweichung von Marcell nicht sicherzustellen.

[4]) Zweifelhaft kann der Platz für die Senatsschlüsse über die Fähigkeit der Gemeinden, mit Vermächtnissen bedacht zu werden (Quellen bei Mitteis, Röm. Privatr. 1, 378 N. 8—10) deshalb sein, weil Celsus Dig. 31, 30 den von Ulpian 24, 28 erwähnten Senatsschluß im zweiten Digestenteil besprochen zu haben scheint; s. Paling. Celsus Nr. 252.

[5]) Julian Nr. 13 und vielleicht Papinian 1 quaest. Nr. 66.

[6]) Für die confessio s. Scaevola quaest. Nr. 167 und 168.

in fast allen Digestenwerken), teils in der Lehre von der cura[1]), teils bei der Ediktsrubrik: Si quid contra legem (Lenel § 279) besprochen worden sein. Von der lex Atilia ferner ist im zweiten Digestenteile nichts zu entdecken.

Der Platz für die lex Julia de cessione bonorum mit der dazugehörigen exceptio (Lenel 484 N. 3) muß offen bleiben, da Lenel für Marcian 15 inst. (Paling. Nr. 182) zweifelnd eben die Rubrik: Ad legem Juliam de cessione bonorum annimmt, das 15. Buch Marcians aber in die nach dem Digestensystem geordnete Abteilung De legibus fällt (s. P. Krüger 251).

b) Von den anweisenden Senatsschlüssen sind sicher im ersten Digestenteil erledigt die folgenden:

Trebellianum mit Pegasianum (Celsus Nr. 183; Julian Nr. 560—572; Scaevola digest. Nr. 85ff.; Papinian quaest. Nr. 292 § 2—299 und respons. Nr. 609, 610; Ulpian disput. Nr. 108, 109);

Macedonianum (Julian Nr. 183—191);

Vellaeanum (der Belege bedarf es nicht);

Plancianum und andere de agnoscendis liberis (Julian Nr. 311—315; Marcell Nr. 98—100; Scaevola digest. Nr. 36);

über den major 20 annis venire se passus (nur Paulus quaest. Nr. 1382).

5. Im vorstehenden habe ich die leges, senatusconsulta und constitutiones principum auf die beiden Digestenteile an der Hand der Digestenwerke verteilt. Es hat sich als ziemlich sicher ergeben, daß diejenigen Gesetze, zu denen nach meiner Ansicht der Prätor Ausführungsedikte erlassen hat, im Ediktsteil des Digestensystems besprochen worden sind. Hierin darf ich eine Ergänzung meiner Beweisführung, daß es solche Edikte gegeben hat, und welche es waren, erblicken.

[1]) Celsus Nr. 94 und Paulus respons. Nr. 1530—1532.

Berichtigung.

Auf S. 253 ist vor § 5 die Überschrift:

Erster Teil: Ziviledikte gemäß einer lex.

ausgefallen.

Miszellen.

[Catalogue of the greek papyri in the John Rylands Library, Manchester.] Vol. I Literary texts (No. 1–61) ed. A. S. Hunt 1911; Vol. II. Documents of the Ptolemaic and Roman Periods (No. 62–456) ed. J. de M. Johnson, Victor Martin, A. S. Hunt 1915. Manchester the University Press.

Was die John Rylands Library in Manchester ist und bedeutet, ersieht man aus der Introductory Note, mit welcher ihr Librarian, Herr Henry Guppy, den oben genannten ersten Band des Katalogs ihrer griechischen Papyri versehen hat. Ich setze davon nur einige Stellen hierher: „The manuscripts number at the present time about 7000 and constitute one of the principal attractions of the library. The nucleus of the collection consisted of the manuscripts contained in the Althorp Library, which was acquired by Mrs. Rylands in 1892 from the late Earl Spencer, to form part of the equipment of the present building, which was at that time in course of construction .... The present magnificence and special character of the collection were given to it by the purchase, in 1901, of the manuscripts of the Earl of Crawford, consisting of nearly six thousand rolls, tablets and codices .... Beginning with the Eastern section it must be said that the wealth of Oriental manuscripts of all ages and in a variety of languages can only be indicated in the briefest manner. Armenian, Ethiopic, Sanskrit, Pali, Panjabi, Hindustani, Marathi, Parsi, Burmese, Canarese, Singhalese, Tomil, Chinese, Japanese, Malay, Javanese, Achinese, Mongolian, Balinese, Tibetan, Bugi, Kawi, Madarese, Makassar and Mexican manuscripts are well represented.“ Es muß ein erdrückender Reichtum von Handschriften aller Art und Zungen sein, der in dieser herrlichen Bibliothek aufgespeichert ist. Die Bibliotheksverwaltung erwirbt sich den Dank der gesamten Kulturwelt, indem sie für rasche Veröffentlichung der ihr anvertrauten Schätze sorgt. Uns interessiert davon zunächst der papyrologische Teil.

Da ist zunächst die Edition der demotischen Urkunden zu nennen, welche eine besondere Gruppe bildet; sie ist in die besten Hände gelegt, indem sie Herrn Griffith anvertraut ist, der unter dem Titel Catalogue of the demotic papyri in the J. R. L. Vol. I–III 1909 (Vol. I Facsimiles, Vol. II handcopies of the earlier doc., Vol. III key-list, translations, commentaries and indices), eine große Anzahl demotischer Rechts- und historischer Urkunden von der 26. Dynastie bis in die Ptolemäische Zeit

reichend, publizierte. Sodann bringt A. S. Hunt im ersten Band der griechischen Papyri (1911) eine Anzahl von literarischen Texten. Der zweite Band der griechischen Rylands Papyri, herausgegeben von A. S. Hunt in Verbindung mit J. de M. Johnson und Victor Martin, bringt ein überaus reiches Material an griechischen Rechtsurkunden, 394 Nummern, in geradezu glänzender Ausstattung mit 23 Lichtdruckfaksimiles; er übertrifft, wenn man auf diesem Gebiet Vergleichungen anstellen will, sogar noch die imposante Erscheinung des zweiten Bandes der Amherst Papyri. Der innere Typus ist der gleiche wie bei den früheren englischen Ausgaben; für die juristischen Interessenten ist insbesondere die rege Aufmerksamkeit und das Verständnis erfreulich, welches bei dieser den Rechtsfragen auch diesmal wie stets entgegengebracht wird. Jeder Papyrologe aber wird, abgesehen von den überall ausgezeichneten Lesungen, für welche schon der Name Hunts, der alles revidiert hat, garantieren würde, die geradezu staunenswerte Beherrschung des urkundlichen und literarischen Stoffes bewundern, die die Kommentare auf Schritt und Tritt zur Geltung bringen. Die Nummern 65—73 gehören der ptolemäischen Zeit an. Nr. 65, ein Chrematistenurteil, vielleicht a° 67 a. C., in der üblichen Stilisierung, scheint, wie die Herausgeber richtig erkennen, nicht ganz im Einklang zu stehen mit dem Kompetenzdekret Euergetes II. in Teb. 5, 207—9; denn es wird da vor den Chrematisten auf Grund einer *Αἰγυπτία συγγραφή* prozessiert, noch dazu, obwohl beide Parteien Ägypter sind, während nach dem Dekret der Prozeß aus demotischen Urkunden, auch wenn ein Teil griechische Nationalität hat, vor die Laokriten gehören soll. Der Widerspruch läßt sich vielleicht beheben durch Annahme einer prorogatio fori (oder Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede?). Man beachte noch, daß laut des Vertrags eine Konventionalstrafe zugunsten des ‚ἔθνος' festgesetzt gewesen sein soll (bei 6); sonst finden sich solche regelmäßig zugunsten des Königs.

Unter den Stücken der römischen Zeit steht an der Spitze Nr. 74, ein Edikt des Praef. Aeg. M. Petronius Mamertinus (133—135), worin er erklärt, es sei seine Absicht gewesen, nach Koptos zu reisen und dort den Konvent abzuhalten; da jedoch die Zeit vermutlich nicht ausreichen werde und die meisten Konventssachen schon durch die Lokalbehörden geschlichtet seien, werde er jetzt nur für die Thebais und die Heptanomis den Konvent abhalten wie üblich. Das ist darum von großem Interesse, weil man seit der maßgebenden Untersuchung von Wilcken über den ägyptischen Konvent (Arch. 4, 366) gewohnt ist, im südlichen Ägypten die Abhaltung eines eigentlichen Konvents nicht vorauszusetzen; Wilcken nahm an, daß der Statthalter dort zwar Inspektionen abgehalten habe, nicht aber einen eigentlichen Konvent. Allerdings hat er, der Natur der Überlieferung Rechnung tragend, damit keine ausschließenden Regeln aufstellen wollen, und unser Papyrus zeigt nun, daß wirklich auch ein Konvent in Koptos ins Auge gefaßt werden konnte. Daß er dort regelmäßig vorkomme, wird im Hinblick auf Wilckens Ausführungen und Beweisstücke niemand annehmen; es liegt wohl ein Ausnahmefall vor.

Der Text ist in l. 3 [illegible] teilweise zerstört. Es müssen da, wie

auch die Herausgeber betonen und aus dem in l. 6 stehenden *ἀμφότερα* folgt, zwei verschiedene Zwecke der Reise nach Koptos genannt gewesen sein; auch verlangt das in l. 4 stehende (*ἀπαρτίσαι*) *ται* (wenn es für *τε* stehen soll) ein korrespondierendes zweites *τέ*. Doch scheint es mir unmöglich, dieses in l. 4 zu suchen, z. B. durch die Ergänzung *ἀνε(λ)θεῖν* [*καὶ ποιεῖσθαί τε τὸν*] l. 5 *διαλογισμὸν ἀπαρτίσαι ται τῶν νομῶν φ*[. Abgesehen davon, daß sie etwas zu lang wäre, kann der Abhaltung des Konvents, die ja alle normalen Geschäfte umfaßt, nicht mehr eine spezielle Tätigkeit der Verwaltung mit *τε* hinzugefügt worden sein. Andrerseits ist für ein zweites Konjunktivglied am Schluß von l. 4 und Anfang von 5 schwerlich Platz. Vielleicht ist das *ται* hinter *ἀπαρτίσαι* durch eine Art Dittographie entstanden; jedenfalls haben die Herausgeber mit Recht auf jede Konjektur verzichtet. In der Sache sehen wir nur soviel, als wir auch ohnedies annehmen konnten: daß nämlich der Präfekt schon vor Beginn des Konvents einen Überblick über die Verhandlungsgegenstände hat; namentlich Rechtsstreitigkeiten, die da zur Entscheidung kommen sollten, werden immer schon vor Beginn der Sitzungsperiode bei ihm angemeldet worden sein. Die bekannte Subskription auf *ὑπομνήματα*: *εἴ τι δίκαιον ἔχεις τούτῳ χρῆσθαι δύνασαι* hat vielleicht zur Folge, daß solche Libelle zu den Gegenständen eines künftigen Konvents gerechnet werden, auf dem sie zur Verhandlung kommen sollen, wobei ich freilich annehme, daß die Überweisung dieser *ὑπομνήματα* selbst während eines Rerum Actus, insbesondere während des alexandrinischen, erfolgen mußte; die Verweisungen an Epistrategen, Strategen und dergleichen sind es dagegen, auf welche sich in Ryl. Pap. die Bemerkung bezieht: *πλειόνων τῶν τοῦ διαλο*[*γισμοῦ δεομένω*]*ν ἤδη τοῖς ἐπιχωρίοις τὴν προσήκ*[*ουσαν διάγν*]*ωσιν εἰληφότων.*

Wie der Lichtdruck des Papyrus (Tafel 9) zeigt, ist er nicht in Kanzleischrift geschrieben; diese sieht vielmehr, ausweislich des bei Schubart, Pap. Graecae Nr. 35 ersichtlichen Faksimiles des Schreibens von Subatianus Aquila (diese Ztschr. 31, 394), sehr viel anders aus. Selbst für die Publikation des Edikts in einer Kome, die ja immerhin stattgehabt haben kann, wäre die Schrift auffallend klein und undeutlich. Welchem Zweck also die vorliegende Abschrift des Edikts gedient haben mag, muß dahingestellt bleiben.

Viel deutlicher ist der Zweck, zu dem Nr. 75 (spätes 2. Jahrh.) hergestellt worden ist. Dieser Papyrus enthält eine Zusammenstellung von Entscheidungen der Präfekten über die Cessio bonorum, ausgezogen aus ihren *ὑπομνηματισμοί*; er verfolgt also wie der gleichgeartete Papyrus Cattavi u. a. den Zweck einer Präjudiziensammlung. In seiner noch relativ gut erhaltenen Col. I finden wir vom praef. Aeg. L. Munatius Felix den Ausspruch: *ἤδη μέντοι τύπος ἐστὶν καθ' ὃν ἔκρεινα πολλάκις, καὶ τοῦτο δίκαιον εἶναί μοι φαίνεται ἐπὶ τῶν ἐξισταναμένων ὥστε εἴ τι ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανιστῶν ἐποίησαν, ἄκοιρον εἶναι.* Nur ist nicht ganz klar, ob das in fraudem creditorum Geschehene als ungültig bezeichnet werden soll, oder die unter solchen Umständen erfolgende Cessio bonorum ihren Nutzen für den Schuldner verliert. Sprachlich möchte man wohl das

erstere als die Meinung ansehen; vom Rechtsstandpunkt bleibt das Bedenken, daß man über die Rechte der Drittpersonen, mit welchen der Schuldner in fraudem creditorum kontrahiert haben sollte, nicht gut absprechen konnte, ohne diese Dritten gehört zu haben. Doch kann der Sinn auch dahin gehen, daß der Statthalter den derzeitigen Gläubigern schon jetzt seinen Schutz gegen die Gehilfen der fraudulosen Machination in Aussicht stellt, ohne damit eine konkrete Entscheidung treffen zu wollen. Diese Auslegung scheint mir auch für Col. I l. 15—20 die richtige zu sein. Hier ist leider der Text an einer wichtigen Stelle lückenhaft: *Ἀσκληπιάδης* (jedenfalls ein Gläubiger resp. sein Anwalt) *εἶπεν· ἐπεξεχ[ρ]ήσα[το . .]ουσι τὰ ἑαυτοῦ.* Was bedeutet das? Man würde am liebsten an eine Vermögensveräußerung denken, zumal da . .]*ουσι* auf einen Dativus commodi hindeutet, der die Begünstigten genannt haben würde, und *τὰ ἑαυτοῦ* nur das früher vorhandene Vermögen bezeichnen kann. Aber die Herausgeber bemerken, daß *ἐπεκχρᾶσθαι* sprachlich nur heißen könne: Schulden dazu kontrahieren, cf. Dittenberger, Syll.[2] 329 l. 53. 57; auch heißt in den Basiliken das (fraudulose) Veräußern *ἐκποιεῖν.* Gemeint sind also wohl fingierte oder sonst betrügliche Schuldkontrakte zu Lasten der Masse. Wie aber damit das . .]*ουσι τὰ ἑαυτοῦ* zu vereinbaren ist? Denn *ἐπεκχρᾶσθαι* würde ein *παρά τινος* verlangen; arudm hilft es auch nichts, daß . .]*ουσι* sich leicht zu *ἰδοῦσι* (oder *συνιδοῦσι*) ergänzen ließe.

In Col. II ist die Entscheidung hoffnungslos zerrüttet; bemerkenswert in l. 31 der Überrest *ἐπικηρυσσομένου δανιστ[οῦ*? Wenn ferner zu l. 28 die von den Verfassern in Erwägung gezogene Lesung *Μαμερτῖνος λαλήσας* (oder *διαλαλήσας Μ.*) *μετὰ τῶν φίλων* zutreffen sollte, hätten wir eine hübsche Parallelstelle zu Teb. 286, 15—18 mit den dazu erstatteten Vorschlägen von Schubart und Wilcken.

N. 76 (2. Jahrh.) — Bruchstück einer Eingabe oder Verhandlung in Erbschaftssachen — belehrt uns über das Vorhandensein von Präjudizien, wonach der (gesetzliche) Erbgang auch unter Peregrinen *κατ' οἶκον καὶ μὴ κατὰ πρόσωπον* stattfinden soll; d. h. die Teilung unter mehreren gleichzeitig Berufenen findet nicht in capita statt, sondern nach stirpes. Unter welchen Voraussetzungen aber dieser Teilungsmodus Platz greift, ist nicht ersichtlich.

N. 109 (a. 235) bringt die Erwähnung einer Testamentseröffnung, welche im *Καισαρεῖον* zu Hermupolis geschehen war; es wird dabei sogar die Tagesstunde der Eröffnung genannt. In dem Eröffnungsprotokoll BGU. 361[1]) ist das nicht der Fall; doch war die Angabe der Stunde empfohlen durch die Vorschrift bei Paul. Sent. 4, 6, 2, daß die Eröffnung inter horam secundam et decimam diei zu erfolgen habe.

Die N. 113 scheint mir eine verspätete *ἀντίρρησις* (man könnte sie auch ein Restitutionsgesuch nennen) gegen einen rechtskräftigen Zah-

---

[1]) Wenn man freilich das unvollständige Stück (Col. II l. 10f. und Col. III), das eigentlich eine Verhandlung über die bevorstehende Eröffnung enthält, so nennen darf.

lungsauftrag im Mahnverfahren. Auf ein solches weist der Ausdruck *διεστείλαντο μοι* l. 14 und *διαστολικῶν* l. 24 hin; die Herausgeber nehmen zwar, wie es scheint, einen gewöhnlichen Prozeß mit Ladung und Ausbleiben des Beklagten an und dafür spricht prima facie das *κριθῆναι* in l. 26, sowie in 15 f. die Phrase *περὶ* ⟨*πράγ*⟩*ματος πρός με δεομένου τῆς διαγνώσεως Φλαυίου Τιτιανοῦ τότε τοῦ ἡγεμονεύσαντ*⟨*ος*⟩. Aber ich bezweifle, daß *διαστέλλειν* hier von einer gewöhnlichen Ladung gebraucht ist, obwohl ich das nicht schlechthin für unmöglich erklären will [1]), und auch das *δεομένου* usf. scheint mir nicht für den ordentlichen Prozeß zu beweisen, so sehr es richtig ist, daß ein *διαστολικόν* nicht durch den Präfekten zugestellt wird, sondern durch den Erzrichter; denn das *δεομένου τῆς διαγνώσεως . . τοῦ ἡγεμονεύσαντος* muß nicht verstanden werden als gesagt von den Klägern, sondern kann auch ein adversativer Zusatz des derzeitigen Gesuchstellers sein: „Sie sandten mir ein *διαστολικόν* in einer Sache, die doch der Kognition des Statthalters bedurft hätte." Da nun, wie ich weiter voraussetze, der Gesuchsteller auf das *διαστολικόν* keinen Widerspruch erhoben hatte, *συνέβη τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν ἐν δραχμαῖς φ καὶ προσβάντος κριθῆναι*. Dabei betrachte ich *κριθῆναι* als einen ungenauen Ausdruck dafür, daß nach eingetretener Rechtskraft des Zahlungsbefehls die Zwangsvollstreckung angeordnet wurde; denn ein eigentliches Urteil ist ja im Mahnverfahren bei unterlassenem Widerspruch nicht zu fällen. Diese sofortige Einleitung der Vollstreckung scheint mir mit den Worten *τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν* bezeichnet zu sein; die Übersetzung der Herausgeber: judgment was entered for the sum fixed on account of the summonses halte ich nicht für richtig, von andern Gründen abgesehen schon deshalb, weil, auf den konkreten Fall bezogen, der Singular *τοῦ διαστολικοῦ* erwartet werden müßte. *Τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν* ist m. E. das für alle (solche) *διαστολικά* Bestimmte (daß nämlich bei Nichtwiderspruch die geforderte Summe zuzuerkennen ist). Dieses Dekret muß vom Statthalter ergangen sein (Grundzüge 2, 127/8); vielleicht ist das der Sinn von *δεομένου* in l. 17 bis 20. Schwieriger sind die Worte *καὶ προσβάντος* in l. 25/6: *ὡς συνβῆναι . . . τὸ ὡρισμένον . . . . ἐν δραχμαῖς φ καὶ προσβάντος κριθῆναι*. Die Herausgeber beziehen sie auf gerichtliches Erscheinen: der Gesuchsteller sei verurteilt worden, nachdem er sich gestellt hatte. Aber erstens fragt man sich, was hat es für einen Zweck, das zu erwähnen? Es konnte ja den Erfolg des derzeitigen Gesuches nur erschweren, wenn die erste Verhandlung eine kontradiktorische gewesen war; viel mehr Aussicht hatte ein Gesuch um „Ausbleibensrechtfertigung". Dann heißt auch das Erscheinen auf Ladung nicht *προσβαίνειν*, sondern *ὑπακούειν*, das ist technisch. Und wozu dann das *καί*, statt dessen man vielmehr ein *ἐμοῦ* erwarten würde? Wie die Herausgeber mitteilen, habe ich ihnen früher einmal vorgeschlagen, an Zuschläge zum Schuldkapital zu denken, wo-

[1]) Vgl. das *διαστολικὸν ὑπόμνημα* in Ryl. 119 l. 31—33, worüber unten. An unserer Stelle aber steht der Annahme einer einfachen Ladung die Wendung *τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν* in l. 22—24 entgegen; siehe das im Text Folgende.

bei natürlich statt προσβάντος gelesen werden müßte προσβᾶσι; es kann aber auch gedacht werden an καὶ πρός (= circa), wobei allerdings die darauffolgende Lesung βαντος geändert werden müßte. Das nach dem bloßen Faksimile vorzuschlagen, wenn eine Autorität wie Hunt am Original βαντος in den ersten vier Buchstaben sicher liest, wird niemand so leicht wagen dürfen; am Faksimile freilich kann ich nichts Bestimmtes erkennen, auch βαντος nicht.

N. 116. Ὑπόμνημα an den Strategen mit Beschwerde wegen ὕβρις. Neuartig ist hier in l. 17 die Wendung ἐπιδίδωμι τόδε τὸ βιβλείδιον ἀξιῶν εἶναι ἐν καταχωρισμῷ πρὸς μαρτυρίαν ἄχρις τῆς κατ' αὐτῶν προσελεύσεως. Sie zeigt, daß meine Annahme richtig war, wonach die Überweisung zum καταχωρισμός keine Ladung auf den Konvent enthält, sondern bloß eine vorläufige Anzeige (Sitz.-Ber. d. sächs. Ges. d. W. 1910, 72f.). — N. 117 richtet sich wieder an den Strategen und enthält eine ἔκστασις aus einer angefallenen, noch nicht angetretenen Erbschaft zugunsten eines Nachlaßgläubigers eventuell auch anderer noch vorhandener Gläubiger; sie wird vom Strategen diesem mitgeteilt. Die Rechtswirkung dieses Vorgangs ist nicht klar zu übersehen.

N. 119. Eingabe an den ἐξηγητὴς τῆς πόλεως Ἀλεξανδρέων. Ein gewisser Demetrios mitsamt seinen Vettern ist Eigentümer eines an den Gläubiger Musaios hypothezierten Gutes im Umfang von 83 Aruren, an der Hypothek hatte der Gläubiger auch das Recht der Fruchtziehung (Grundzüge 1, 152), aber offenbar ohne eigentliche Antichrese. Die Eigentümer haben nun schon in einem früheren Stadium ihn verklagt 1. auf Rechnungslegung über die bezogenen Früchte, 2. auf Herausgabe des Betrags von 5000 Drachmen, um welchen die gezogenen Früchte das Doppelte des Schuldkapitals überstiegen. Letzteres entspricht der bekannten Bestimmung des römischen Rechts, daß rückständige Zinsen (nur für solche können bei Abhandensein einer Antichrese die Früchte in Anspruch genommen worden sein) nicht ultra alterum tantum auflaufen dürfen. Nur so kann der Passus l. 10—14 verstanden werden; die Skrupel, welche sich die Herausgeber in der Note zu l. 10 über diesen Punkt machen (wobei die Hereinziehung der stipulatio duplae ein unerfreulicher Schönheitsfehler ist), sind m. E. nicht begründet. In einem früheren Stadium hatte der damalige Statthalter bereits eine Sequestration der Pachtzinsen angeordnet, jedenfalls gleichzeitig mit der Ernennung eines λογοθέτης; letzterer hatte offenbar den damaligen Anspruch der Kläger nicht für gerechtfertigt erklärt, denn Musaios war bloß zur Herausgabe des Hypothekarguts gegen Bezahlung seiner Forderung verurteilt, bezüglich der bezogenen Nutzungen aber war die Klage abgewiesen worden. In der Folge haben Demetrius und Genossen ihm das Kapital noch nicht angeboten, sondern mangels Bargeldes nur vorgeschlagen, er möge ihnen einen Teil des Grundstückes zum Verkauf überlassen, um aus dem Erlös sich befriedigen zu lassen. Darauf brauchte er natürlich nicht einzugehen. Infolgedessen wird er jetzt neuerlich verklagt, mit dem Vorgeben, er habe schon fünf Silbertalente aus der Hypothek herausgewirtschaftet, für ein Kapital von 4800 Drachmen; das wären mehr als 600%. Das erlaubte

Zinsmaximum wäre dabei weit überschritten, und da bezogene übermäßige Zinsen vom Kapital abgerechnet werden, wäre auf diese Art vielleicht die Forderung auf Herausgabe des Grundstückes zu rechtfertigen gewesen, wovon freilich der Verfasser unseres Schriftstückes keine Ahnung gehabt haben dürfte. — An seinem Schluß befindet sich eine Namensnennung der Petenten, welche meines Erinnerns ein Unikum ist, da sie einem richtigen „Klagerubrum" im Sinne unseres einstigen schriftlichen Zivilprozesses gleicht und lautet: . . . *Δημήτριος Ἀριστομένους καὶ Φιλωτέρα Διονυσίου* . . . . *πρὸς Μουσαῖον Ἑρμοφίλου δανιστὴν* . . . *περὶ ἀνακομιδῆς ὑποθήκης* sq. Von einer Unterschrift unterscheidet sich das, zwar nicht durch das Fehlen des Schriftwechsels (es könnte ja eine bloße Kopie vorliegen), aber durch den Inhalt, da die antiken Subskriptionen immer Subjekt und Prädikat enthalten. Beachtenswert ist ferner, daß in l. 31—33 die Kläger von sich sagen, sie seien gewesen *μεταδόντες διαστολικὸν ὑπόμνημα κατελθεῖν εἰς τὸν διαλογισμόν*; wie man sieht, wird hier eine gewöhnliche Ladung *διαστολικὸν ὑπόμν.* genannt[1]), was uns neuerlich warnen muß, in jedem ‚*διαστολικόν*' ohne weiteres eine „Klage im Mahnverfahren" zu sehen. — Das Auffallendste an unserem Papyrus ist jedenfalls, daß die Eingabe sich nicht an den Präfekten oder Juridikus, sondern an den *ἐξηγητής* von Alexandrien richtet. (Der P. Teb. 317, wo es sich bloß um Verlautbarung einer Prozeßvollmacht handelt, darf mit unserm Fall, wo um Entscheidung [*διαλαβεῖν*] gebeten wird, nicht parallelisiert werden.) Auch möchte ich raten, die Bemerkung der Herausgeber in Note 1 „it may now be inferred, that his jurisdiction extended at any rate over the provincial *μητροπόλεις*" noch mit Reserve aufzunehmen; es könnte irgendein spezieller Kompetenzgrund vorliegen, der freilich nicht angegeben ist, wenn man nicht in der Eigenschaft des Beklagten als *γυμνασίαρχος* einen erblicken will.

Aus N. 120 (v. J. 167) erfahren wir, daß die bekanntlich im 2. Jahrh. häufig bezeugte Bestellung von Frauenvormündern durch den *ἐξηγητής* der Gaumetropole irgendwie geregelt gewesen ist durch *συγχωρηθέντα ὑπὸ τοῦ λαμπροτάτου ἡγεμόνος Φλαυίου Τιτιανοῦ* (l. 5). Da sie aber schon vor dessen Statthalterschaft bezeugt ist, nehmen die Herausgeber an, daß die Verordnung des Titianus sich nur auf eine speziellere Ordnung dieses Punktes bezogen haben wird. Für das bezügl. Ansuchen ist, wie wir hier lernen, eine Gebühr von 9 Obolen zu bezahlen gewesen. Zu l. 25 ist die offensichtlich irrige Ergänzung *εἰ δέ τ*]*ι ἀντιπείπτει* von den Herausgebern selbst in den Addenda p. 424 durch die zutreffende *εἰ* [*μηδὲ*]*ν ἀντιπ.* ersetzt worden.

Es folgt eine längere Reihe von Hypomnemata an Strategen und *ἐπιστάται τῶν φυλακιτῶν*, die bekannten Beschwerden wegen Gewalttat und dergleichen enthaltend; in 128 l. 28 bemerkt man die Nennung einer

---

[1]) Vgl. auch Lond. 3 p. 109, 25 und meine Grundzüge S. 124. Ich will nicht behauptet haben, daß dies die einzigen Fälle sind, kann mich aber allerdings momentan eines Analogon nicht entsinnen.

„*παραμονή*". Unter den Geschäftsurkunden zeigt 155, 7, daß über das Recht der Mitgift besondere *φιλάνθρωπα* bestanden. Zu 160 (c) ist besonders die vortreffliche Einleitung mit den Ausführungen über *ὠνὴ ἐν πίστει* bemerkenswert. Ebenso beachte man in der Darlehnsquittung N. 174 die Erklärung der Gläubigerin (l. 21f.), *καὶ συγχωρεῖ ἡ Ἡρακλοῦς [ἄκυρο]ν εἶναι κατὰ πάντα τρόπον ἣν πεποίηται ἡ Τασουχάρι[ο]ν* (die Schuldnerin) *διὰ τῆς [τῶν ἐ]γκτήσ[ε]ων [β]ιβλι[ο]θήκης ἐκ[ο]ύσιον κατ[ο]χὴν τοῦ ὀνόματος [αὐτῆς] εἰς τὸν [τ]ῆ[ς Ἡ]ρακλοῦτος λόγον, ὅπερ καὶ τῆς κατοχῆς ὑπόμνημα [ἀναθε]δόσθαι αὐτῇ ὁμοίως εἰς ἀκύρωσιν.* Also private Einräumung einer *κατοχή* an dem im Besitzbuch verzeichneten Vermögen der Schuldnerin, denn so ist *τοῦ ὀνόματος* zu verstehen (das Personalfolium). Wir kennen bisher bloß eine solche *κατοχή* zugunsten von Fiskalforderungen, aber als private Maßregel hat sie in den bekannten Papyri nur undeutliche Spuren hinterlassen, welche die auch hier wohlbeschlagenen Herausgeber in Note 22—4 aufzählen, richtig hinzufügend, daß diese *κατοχή* von einer Verpfändung wohl zu unterscheiden ist. Ob sie gegen spätere Vollstreckungspfandrechte einen Vorzug gab oder bloß ein Veräußerungsverbot begründete?

Nach einigen weiteren Kontrakten schließt der Band mit einer großen Anzahl von Briefen, Rechnungen und Descriptions. Den Herausgebern sei für die eminente Leistung der herzlichste Dank ausgesprochen.

Leipzig, Oktober 1916. Mitteis.

[Juristisches Fragment aus Italica (?)] Von der im 25. Band dieser Zeitschrift nach einer Mitteilung von Cagnat (Comptes rendues de l'Acad. des Inscr. et b. l. 1904 p. 77) abgedruckten spanischen Inschrift über Prozeßrecht ist neuestens von Dr. Alfons Steiner in den Sitz.-Ber. der Heidelberger Akademie ph.-hist. Kl. 1916, 2. Abh., eine neue Transkription vorgelegt worden, welche von Prof. Oxé aus Crefeld i. J. 1912 in Sevilla hergestellt worden ist, woselbst sich die Bronzetafel, im Privatbesitz, jetzt befindet. Diese Transkription, welche gegenüber dem Cagnatschen schon damals als unfertig bezeichneten Text einen erheblichen Fortschritt darstellt, lege ich im nachstehenden vor:

1 . . . . d]ie ex h(ac) l(ege) ibi iudicia fieri licebit opor[tebit]
2 . . . . . .]oq(ue) prosc(r)iptum in eo loco in quo ius dicet
3 . . . . . quos in tertium d(iem) r(ecte) i(ta) haberet, u(t) (de) p(lano) r(ecte) l(egi) p(ossit). item si
4 . . .]em, qui inter eos iudicare debebit in aliquem
5 . . . veniet neq(ue) is dies propter venerationem domus
6 . . . propter eandem cau[s]am habere debebit in eum.

Zu diesem Text hat Steiner a. a. O., unterstützt von Dessau und Gradenwitz, einen sachkundigen Kommentar mit mehreren Ergänzungsvorschlägen hergestellt. Dadurch daß, wie die jetzige Lesung von lin. 1 zeigt, das Fragment einem Gesetz angehört, was man früher nur zu vermuten hatte, wird das Interesse an ihm erhöht. Der Kommentar gelangt zu

dem Resultat, in dem wohl für eines der spanischen Munizipien gegebenen Gesetze habe es sich wahrscheinlich um Termin und Ladung im judicium publicum gehandelt. „Z. 1 und 2 behandeln Termin und Ladung im allgemeinen, besonders die erforderlichen Propositionen durch den judizierenden Magistrat am Ort des Verfahrens in jure. Z. 3 behandelt die Ediktalladung nach Analogie von D. 48, 1, 10 pr. Z. 4 bespricht das Thema weiter und behandelt das evt. erforderliche Judizium des Einzel-Judex nach Analogie von Lex Acilia Z. 42/43. Daran anknüpfend bespricht Z. 5 ipso iure terminhemmende Momente und Z. 6 Exkusationsgründe" (Steiner a. a. O. p. 10—11). — Der Abhandlung sind zwei Photogravüren der Tafel beigelegt, die, wenn ich recht verstehe, nach zwei Abklatschungen hergestellt sind und die Nachprüfung der Lesung ermöglichen.

Leipzig. Mitteis.

[D. 39, 6, 42 pr., ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation.] Pap. libro tertio decimo responsorum. Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Das Fragment ist seit Kellers (Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. 12, 400f.) grundlegender Exegese oft besprochen worden. Ich verweise aus der neueren Literatur etwa auf Pernice, Labeo III 264[1], Appleton, Hist. de la compensation 326f., Kretschmar, Entwicklung der Kompensation 31f., Beseler, Beiträge I 96f., Senn, Études Girard I 284f., Nouv. rev. hist. 37, 169f. Man ist heute wohl darüber einig, daß bonae fidei iudicio für fiduciae iudicio interpoliert ist und daß daher am Anfange von der mancipatio oder noch wahrscheinlicher (arg. cessisset) von der in iure cessio die Rede gewesen sein muß, Interpolationen, die schon Keller erkannt hatte. Uns interessiert hier indessen der zweite Teil der Stelle, der bei ihrer Behandlung im allgemeinen wenig beachtet wird. Die Frage ist, ob der Geschworene im iudicium fiduciae, in dem die Schenkerin nach dem Tode des Beschenkten die Rückübereignung des

Vermögens verlangt, die Kondemnation von einer Kautionsleistung der Klägerin wegen der zukünftigen Ansprüche der Kinder des Beschenkten auf dieses Vermögen abhängig machen darf. Formell steht die Befugnis des Geschworenen hierzu außer Zweifel. Vgl. D. 5, 1, 41. Wenn die Frage gleichwohl verneint wird, so sind hierfür materielle Gründe maßgebend, die schon Keller, a. a. O. 417f. überzeugend aus der Stelle herausgeholt hat. Die mortis causa donatio ist durch den vorzeitigen Tod des Titius hinfällig geworden. Wenn Seia bei der Schenkung an Titius zugesichert hat, daß nach ihrem Tode das Vermögen an dessen Kinder fallen soll, so ist dies ein formloses und daher unverbindliches Schenkungsversprechen, das durch die Auflage der Kautionsleistung nicht zu einem erzwingbaren gemacht werden darf.

Gibt so die Entscheidung sachlich zu keinen Bedenken Anlaß, so ist ihre Stilisierung im Munde Papinians dafür um so anfechtbarer. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis ist kaum klassisch, extorquere — in unserer Stelle noch einmal — von Albertario, Sav.-Z. 32, 307f. als justinianisches Wort nachgewiesen. Die Charakterisierung der Schenkung auf den Todesfall als donatio, quae mortis consilium ac titulum habet, klingt schleppend; denegare, sonst „verweigern, zurückweisen", in der Bedeutung „leugnen" ist in unserer Stelle nach Ausweis des Vocabularium s. v. in den Digesten ein *ἅπαξ λεγόμενον*. Ferner ist die Unterscheidung zwischen bedingter Schenkung inter vivos und mortis causa donatio für die Entscheidung der Frage ohne Belang und endlich hat die — an sich richtige — Berufung auf die lex Falcidia am Schlusse des Fragments gar keine Beziehung zur aufgeworfenen Frage.

Demnach spricht von incurrebat haesitatio an aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr Papinian. Wie hat er indessen entschieden? Man denkt zunächst: wohl im entgegengesetzten Sinne als nach der Fassung der Stelle. Allein die Kompilatoren hätten keinen Anlaß gehabt, eine solche Lösung zu verwerfen. Die Gründe, die, nach der Fassung des Fragments, Papinian zu seiner Entscheidung bestimmten, bestanden für die Kompilatoren nicht mehr. Das formlose Schenkungsversprechen war von Justinian klagbar gemacht worden. Auch kennt die Kompilation bereits das resolutiv bedingte Eigentum und gewährt bei der auflösend bedingten Schenkung auf den Todesfall dem Schenker bei Eintritt der Bedingung die rei vindicatio (vgl. die interpolierten fr. 29; 30; 37 D. 39, 6). Von dieser Basis aus hätte sich vielleicht sogar eine dingliche Klage der Kinder des Titius im Falle des Todes der Schenkerin konstruieren lassen. Kurz, die Kompilatoren hätten alle Gründe gehabt, gerade die vorliegende Entscheidung Papinians zu ändern. Daraus folgt einmal, daß Papinian im Originalwerke wahrscheinlich genau so entschieden hat wie in der jetzigen Fassung des Fragments. Wenn diese gleichwohl nicht von Papinian herrührt, so ist weiter zu schließen, daß sie auch den Kompilatoren nicht zugeschrieben werden kann. Als Gesetzgeber mußten sie wohl die eingangs erwähnten Interpolationen vornehmen, hingegen hatten sie keinen Anlaß, eine Entscheidung eines klassischen Juristen zu paraphrasieren, die sie eigentlich mißbilligen mußten. Daher muß die Fassung des

Fragments nach Papinian aber vor der Kompilation entstanden sein und dazu stimmt auch ihr Charakter. Es handelt sich um eine schulmäßige Paraphrase der Entscheidung des Juristen und ihre Ausweitung in verschiedene Möglichkeiten, eine Paraphrase, die, in den nachklassischen Rechtsschulen entstanden, schließlich die originale Fassung der Entscheidung vollständig überwuchert hat.

Auf sie dürfte auch der Satz igitur . . . . opponetur exceptio zurückzuführen sein. Formell fällt auf, daß eine Entscheidung gegeben wird, bevor die Hauptfrage aufgeworfen wird (quaerebatur etc. im nächsten Satz). Läßt man den erwähnten Satz sowie autem im folgenden Satze weg, so wird ein glatter Zusammenhang hergestellt. Sachlich ist zu sagen, daß die Kinder des Titius gar kein Interesse an der rei vindicatio hatten. Eine Unterbrechung der zugunsten der Seia laufenden usureceptio ex causa fiduciae durch die Eigentumsklage kommt nicht in Frage, da die zivile Usukapion durch Klageerhebung nicht unterbrochen wird. Im übrigen hatten aber die Kinder des Titius allen Grund, sich stille zu verhalten. Sie waren Eigentümer, blieben es auch, solange die Schenkerin sich nicht rührte, und gewannen sogar freies Eigentum, wenn mit dem Tode der Seia ihr Nießbrauch erlosch, während sie mit der Erhebung der Eigentumsklage nur die Geltendmachung des pactum fiduciae auf Rückübereignung seitens der Schenkerin provoziert hätten. Es ist daher wohl Schulweisheit, die alle Möglichkeiten erörtern will, der die Hereinziehung der rei vindicatio zuzuschreiben ist. Auch res singulas vindicare klingt lehrhaft, insoferne damit auf die erbschaftliche Singularklage im Gegensatz zur hereditatis petitio hingewiesen wird. Von den Kompilatoren ist der Satz sicher nicht, da diese von ihrem Standpunkte aus der Schenkerin die rei vindicatio hätten geben müssen. Denn die Kompilation kennt bereits ein dingliches Rückforderungsrecht des Schenkers bei resolutiv bedingter mortis causa donatio.

Leipzig. Paul Koschaker.

Literatur.

Ernst Levy, Dr. jur., Privatdozent a. d. Universität Berlin. Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht. Berlin, Franz Vahlen 1915. 8 und 151 S.

Der Gegensatz der sogenannten Pönal- und reipersekutorischen Klagen ist in der deutschen romanistischen Literatur bisher auffallend wenig ins einzelne untersucht worden. Zwar stehen wir nicht mehr aus dem Standpunkt Savignys, der noch in seinem System (5, 50) die unf jetzt fast unglaublich klingende Äußerung tut: „Wenn die Römer dem Erben die Entschädigung nur auf eine höchst beschränkte Weise auferlegen und dadurch dem Verletzten sein gutes Recht entziehen, so liegt der Grund ohne Zweifel in einer irrigen Verwechslung der Entschädigung mit der davon wesentlich verschiedenen Strafe"; wenn wir solches lesen, haben wir bloß die Empfindung Goethes, „es sei noch nicht lange her, daß wir Barbaren gewesen", und die meisterhafte Darstellung von Wlassak, Art. Actio s. v. poenalis bei Pauly-Wissowa I 1, Sp. 316—318, woselbst auch Literaturangaben, zeigt, wie sehr unsere Anschauungen über jene Savignys hinausgekommen sind. Aber das gilt doch nur von der Erkenntnis des grundlegenden Gegensatzes als solchen; im einzelnen blieb noch sehr vieles dunkel.

Bekanntlich ist es in den Quellen, namentlich in den großen Ediktskommentaren, eine ständig wiederkehrende Frage, ob eine bestimmte Actio Strafe oder den Schadensersatz zum Gegenstand hat; die Gesichtspunkte, von welchen aus das entschieden worden ist — und oft mit zweifelsfreier Sicherheit entschieden worden ist —, sind noch keineswegs überall aufgedeckt, obwohl Jherings Untersuchungen über das Schuldmoment eigentlich dazu hätten Anregung geben müssen. Selbst Pernice ist in seinen Forschungen über das Zivilunrecht (Labeo 2, 2) diesen Problemen nicht zuleibe gerückt. Erst die neueste italienische Literatur, hierbei vertreten durch Zanzucchi, Perozzi, de Francisci, Albertario, hat wenigstens eine Anzahl wichtiger Punkte in Angriff genommen; freilich, wie es ihre Gepflogenheit ist, vorwiegend nach der chirurgischen Methode, d. h. indem man eine Anzahl der in den Digesten enthaltenen Regeln als interpolatorisch wegschnitt; ob dabei nicht des Guten zuviel geschehen ist und ob man damit zu einer vollständigen Lösung der obwaltenden Probleme gelangt, ist eine andere Frage.

Es ist darum ein unzweifelhaftes Verdienst unseres Verfassers, diesen Fragen neuerlich nachgegangen zu sein und sie, ich möchte sagen, einer internen Behandlung durch Untersuchung nach den im klassischen Recht hier obwaltenden inneren Gesichtspunkten unterzogen zu haben. Seine Arbeit ist nur ein zum voraus ausgeschiedener Teil eines größeren Werks über die Aktionenkonkurrenz, welches durch die vorläufige Erledigung dieses wichtigen Teils eine wohltätige Entlastung erfahren haben dürfte. Sie zeigt die bekannten Vorzüge aller Arbeiten des bereits durch sein Buch über die „Sponsio etc." und mehrere Aufsätze in dieser Zeitschrift wohlbeglaubigten Verfassers: sorgfältige Ausnutzung der Quellen, größte Gewissenhaftigkeit und einen Ernst, der den Problemen nirgends aus dem Wege geht, sie vielmehr überall aufsucht und energisch angreift; dabei schmucklose und absolut sachliche Darstellung mit einer beträchtlichen Fülle von Gedanken. Die Darstellung freilich kann im ganzen keine besonders glückliche genannt werden; sie wird — wie es auch bei A. Pernice der Fall war (mit dem der Verfasser auch im Punkte der absoluten Reellität eine bedeutende Verwandtschaft hat) — von der Fülle des Materials oft überschwemmt und aus der Bahn gedrängt. Auch hat der Verfasser nicht die Gepflogenheit, den Stoff genügend zu gliedern; vieles, was „ad separatum" zu verweisen war, läuft als eingesprengtes Stück in anderweitigen Untersuchungen mit. So wären die ganz fundamental wichtigen Ausführungen über „Ersatzfunktion und Ersatznatur der Klagen" (S. 20—29) nicht mitten in die Erörterungen über die a° constitutoria einzuschachteln, sondern vorab selbständig zu bringen gewesen; dazu hätte auch der Inhalt von S. 137 ff. gehört. Überhaupt vermißt man eine übersichtliche Zusammenstellung aller Quellen, welche für die Begriffe von Poena und Reipersecutio bedeutsam sind; erst diese hätte ein scharfes Bild erzeugt. Der Verfasser sucht zwar durch zahlreiche Verweisungen innerhalb seiner Schrift zu helfen; wie unbequem aber solch beständiges Nachschlagen ist, das ist bekannt.

Man muß jedoch dem Verfasser hier etwas zugute halten in der Erwägung, daß die Schrift während des durch den jetzigen Krieg veranlaßten Heeresdienstes des (derzeit im Felde stehenden) Verfassers gedruckt worden ist. Unter normalen Umständen hätte er vielleicht bei erneuter Revision des Manuskripts sich veranlaßt gesehen, dieses nochmals umzuschreiben, was keinesfalls geschadet hätte. Der eigentümliche Vorteil, den die gegenwärtige Gestalt bietet, daß nämlich ein besonders gewissenhafter Leser sich gezwungen sieht, das Buch nochmals zu lesen, und daß er dabei der Sache tiefer auf den Grund kommt, wiegt die Gefahr nicht auf, daß mancher es unverstanden aus der Hand legt. Dieser Gefahr entgegenzuwirken, ist eine Aufgabe der Kritik, der ich mich gern unterziehe.

An der Spitze der Schrift steht die begriffliche Gegenüberstellung von Privatstrafe und Schadensersatz; sie kann bei dem heutigen Stand unserer Kenntnisse natürlich nicht viel Neues bieten, sondern enthält mehr eine Rekapitulation. Außerdem ist sie insofern nicht erschöpfend, als der Verfasser wichtige terminologische Fragen nicht schon hier er-

ledigt hat, wo es sich gehört hätte, sondern erst später, bei zufälliger Gelegenheit; so vor allem, wie bereits bemerkt, die wichtige Frage nach der Bedeutung des häufigen Ausdrucks: actio poenam persequitur u. ä. und rei persecutionem continet o. ä. Darauf kommt Levy erst S. 20—29, vgl. auch 139ff. u. ö., zu sprechen und führt hier sowie in immer neuen Wendungen an zahlreichen andern Stellen den Satz aus, daß man zwischen (Straf- und Ersatz-) Natur und Funktion einer Klage unterscheiden müsse. Es ist sehr wohl möglich, daß eine Klage ihrer Natur nach darauf gerichtet ist, den Beklagten für ein bestimmtes Verhalten zu bestrafen, also pönale Natur besitzt, daß aber der dem Kläger zugesprochene Strafbetrag gleichzeitig die Funktion erfüllt, dem Kläger den entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen; insofern kann man der Klage eine reipersekutorische Funktion (continet rei persecutionem) zusprechen. Man wird nun freilich einwenden, diese Wahrheit sei nicht so ganz neu, namentlich in jüngster Zeit haben auch die oben genannten italienischen Forscher mehrfach die Unterscheidung zwischen Natur und Funktion der Pönalklage betont (z. B. de Francisci, Studi sopra le azioni penali, Milano 1912, p. 10sq.). Immerhin ist es nützlich, diesen Gedanken wohl festzuhalten, denn er erklärt allerdings, daß z. B. Ulpian (D. 42, 5, 9, 8 und 11) in einem Atem sagt: actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum neque in heredes . . . . dabitur, cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur. (fr. 11:) Heredi autem dabitur, quia et rei continet persecutionem. Daß gegenüber solchen Stellen mit der Weisung des Verfassers und nur mit ihr der richtige Weg zum Verständnis gegeben ist, wird niemand bestreiten. Aber es fehlt an dem Nachweis, der zu vollständiger Sicherheit sehr erwünscht gewesen wäre, daß die Terminologie der Römer in diesem Punkt eine präzise ist; wenigstens ergibt sich aus den Bemerkungen bei Levy, bei dem wir gerade hier ungern eine vollständige und übersichtliche Anordnung aller einschlägigen Aussprüche vermissen[1]), keineswegs, daß z. B. „rei persecutionem continet" ausschließlich von der Ersatzfunktion einer Actio gebraucht wird und daß etwa „agimus ut rem persequamur", das Gaius an der klassischen Stelle, comm. 4, 6 gebraucht, sich stets auf die reipersekutorische Natur der Klage bezieht (vgl. hierzu auch Berger in Z. f. Priv. u. öff. R. 42, 736).

Die brennendste Frage in der ganzen Lehre ist nun die: Wonach bestimmt es sich denn im konkreten Fall, ob eine Actio pönal ist oder reipersekutorisch? Die Antwort wäre ja sehr einfach und jede Frage

---

[1]) So hätte z. B. der Vf. es in diesem Zusammenhang sagen müssen, daß z. B. der seiner Lehre scheinbar widersprechende Satz des Ulpian D. 4, 7, 4, 6: haec actio non est poenalis sed rei persecutionem arbitrio judicis continet (widersprechend deshalb, weil nach L.s Auffassung der Verneinung der Strafnatur höchstens die Bejahung der Ersatznatur mit „sed" entgegengesetzt werden könnte, nicht die der Ersatzfunktion) interpoliert ist und ursprünglich gelautet hat: haec actio est poenalis, sed sqq. (so auch schon de Francisci p. 38). Statt dessen wird dies erst auf S. 83 in ganz anderm Zusammenhang ausgeführt.

überflüssig, wenn das Prädikat: poenalis ausnahmslos bloß den Klagen wegen begangener Delikte zukäme; aber bekanntlich ist es keineswegs so, daß man überall, wo eine actio als poenalis bezeichnet wird, von einem zweifellos deliktischen Tatbestande sprechen könnte. Wenn z. B. von der actio gegen den, der eine alienatio judicii metandi causa vollzogen hat, der echte Ulpian (D. 4, 7, 4, 6, vgl. Anm. 1) gesagt hatte, haec actio est poenalis sed reipersecutionem arbitrio judicis continet, woher schöpfte er das Urteil, daß die Alienation ein Delikt sei? Ebenso wird von dem Anspruch aus der sog. a° subsidiaria gegen die Munizipalmagistrate, welche die obervormundschaftliche Aufsichtspflicht vernachlässigen, gelegentlich gesagt, er sei eine poena (D. 27, 8, 9) — woraus wurde dies geschlossen? Denn man könnte hier auch sehr wohl an gesetzliche Haftung (quasi ex contractu) denken.

Die Lösung dieses Rätsels findet der Verfasser in einem Gedanken, der meinem Empfinden nach — er sagt es nicht ausdrücklich — für ihn der Grundgedanke der ganzen Schrift gewesen ist und jedenfalls für die Anordnung des Stoffes die leitende Grundlinie gebildet hat. Dieser geht dahin: jede prätorische Actio in factum concepta in personam ist den Römern von Haus aus als Strafklage erschienen; sie konnte daneben nach Umständen auch sachverfolgende Funktion mit übernehmen, aber das war immer nur eine nachträgliche Zusatzentwicklung und hat die ursprüngliche Natur der Klage nicht verändert.

Auf diesen überraschenden Einfall kommt Verfasser folgendermaßen. Er hat bei Erörterung der Frage, ob die Pönalität in irgendwelcher Wechselbeziehung zur Annalität steht (S. 5—11), den Ausspruch des Gaius 4, 111:

„*actiones quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare*“

in Vergleichung gezogen mit der Regel des Cassius bei Paulus D. 44, 7, 35:

„*in honorariis actionibus sic esse definiendum (Cassius) ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum*“.

Um diese scheinbar divergierenden Regeln zu vereinigen, sucht er eine Auffassung der „ceterae (d. h. rei persecutionem non habentes = poenales) actiones“ des Cassius, wonach sie mit den „ex propria praetoris iurisdictione pendentes“ des Gaius zusammenfallen. Da nun die letzteren den actiones quae ex lege Sen. ve C. proficiscuntur gegenüberstehn und diese wieder sowohl die reinen Zivilklagen bedeuten werden, als auch die durch Fiktion oder subjektive Umstellung auf zivilen Fuß gebrachten prätorischen (z. B. Klagen des bonorum possessor), so bleiben als ceterae actiones natürlich die actiones in factum conceptae übrig. Diese hätte also Cassius mit den ceterae, welche grundsätzlich pönal wären, gemeint.

Gewiß wird man dieser Deduktion das Lob der Sagazität nicht vorenthalten. Aber es bleibt doch das Bedenken bestehn, welches auch

Levy sich nicht verhehlt (S. 9), daß unter dieser Voraussetzung Cassius sich äußerst dunkel ausgedrückt hätte; warum sagt er nicht direkt, daß die a[nes] in factum es sind, welche nur innerhalb eines Jahres gegeben werden, und warum zieht er statt dessen den Gesichtspunkt der mangelnden oder vorhandenen Sachverfolgung heran? Dabei gebe ich gern zu, daß ich für die Cassiusstelle eine bessere Erklärung auch nicht zu geben weiß.

Für unsern Verfasser aber handelt es sich weiter darum: Warum ist nun, wie Cassius fragt, allen Actiones in factum (personales — diese selbstverständliche Beschränkung darf man wohl einschalten) der pönale Charakter zugeschrieben worden? Und er glaubt hierfür eine sehr einfache Erklärung gefunden zu haben (S. 10ff.): Bei den Zivilklagen konnte man an der reipersekutorischen Natur keinen Zweifel haben, sie hatten die Funktion, den Zustand herbeizuführen, der nach allgemeiner Überzeugung dem zwischen den Parteien bestehenden Rechts- und Pflichtenverhältnis entsprach. Ganz entgegengesetzt mußte beim zivilen Delikt der Gedanke eines Rechtsverhältnisses von vornherein fehlen. In beiden Richtungen gilt das gleiche von den dem Zivilrecht durch Fiktion oder subjektive Umstellung angenäherten Honorarklagen. Die große Masse der prätorischen Klagen dagegen suchte und fand keine Anlehnung an das Zivilrecht: der Prätor mußte deshalb, wollte er das Recht auf eine gewisse Handlung reagieren lassen, diese mit allen ihren Einzelheiten aufführen und erklären, daß er in einem solchen Falle ein judicium geben werde . . . „Das weist aber mit Sicherheit darauf hin, daß auf diesem Gebiete die einzelne Handlung, die in die Rechtssphäre eines andern verletzend eingriff, noch als selbständig und in sich geschlossen aufgefaßt wurde. Die Reaktion ist hier notwendig Strafe, nicht anders als gegenüber den zivilen Delikten.“

Ich muß bekennen, daß ich diesen Gedankengang nicht als zwingend anzuerkennen vermag. Er enthält einen logischen Sprung, ganz deutlich in den Worten (S. 13): „Die einzelne Handlung, die in die Rechtssphäre eines andern verletzend eingriff, wurde als selbständig und in sich geschlossen aufgefaßt. Die Reaktion ist hier notwendig Strafe.“ Warum aber die Reaktion gegen eine in sich geschlossene Handlung notwendig als Strafe gedacht werden muß, sagt Verfasser nicht. Warum soll denn der Prätor an einen in sich geschlossenen Tatbestand Rechtsfolgen nicht auch in der Weise knüpfen können, daß auf Grund derselben der eine dem andern einen Vermögensersatz zu leisten hat? Bei den dinglichen Actiones in factum, z. B. der quasi Serviana, ist es doch immer so. Wenn es bei den persönlichen anders stünde, würde sich das ja sehr gut erklären, wenn hier die Intentio überall auf ein an sich rechtswidriges Verhalten des Beklagten abgestellt wäre, z. B. auf ein dolo malo N[i] N[i] factum esse. Daß aber, auch ohne solchen Anhalt in der Formel, jede a[o] in factum ohne weiteres als pönal empfunden worden wäre, kann man aus ihrer bloßen Existenz heraus m. E. nicht erklären. Wollte man etwa zurückgreifen auf die allgemeine Idee, daß die alte Zeit Verpflichtungen nur

an die Rechtswidrigkeit anknüpft und man also die vom Prätor durch die a° in factum bekämpfte Nichterfüllung der ediktalen Vorschriften an sich unter dem Gesichtspunkt des Delikts betrachtet habe, so käme man sofort auf das Gebiet der Imponderabilien und stellte den Erklärungsgrund erst durch ein aus dem zu Erklärenden herausdestilliertes Prinzip her.

Außerdem spricht gegen das vom Verfasser behauptete Prinzip noch der Umstand, daß, wenn es wirklich das leitende gewesen wäre, über die pönale oder nichtpönale Natur einer bestimmten Actio in factum nie hätten Zweifel bestehen können. Dessenungeachtet sind solche Zweifel immerhin und keineswegs ganz selten vorgekommen. Am auffallendsten ist folgendes: Die sog. a° subsidiaria gegen die Munizipalmagistrate, welche bei Verwaltung der Obervormundschaft Pflichtverletzungen begangen haben, ist, wie Theophilus zu J. 1, 24, 2 ausdrücklich sagt, eine a° in factum gewesen. Daß demnach Julian hier die Haftung der Erben ablehnte, wäre an sich ganz dem Prinzip gemäß gewesen; aber bei Ulpian findet sich diese Ansicht kurzerhand verworfen (Ulp. fragm. Argent. 11). Die umgekehrte Erscheinung tritt auf bei der vermutlich gleichfalls in factum konzipierten a° si judex litem suam fecerit; hier wird von Julian D. 5, 1, 16 und fragm. Argent. cit. die Erbenhaftung angenommen: „quae sententia vera non est et a multis notata est" fügt Ulpian hinzu. Daß dies mit dem Vorhandensein eines feststehenden Prinzips nicht wohl verträglich ist, scheint mir ebenso deutlich, als es auch hier wieder rätselhaft bleibt, wie man so apodiktische Behauptungen ohne Begründung hat hinstellen können und wie in so wichtigen Fragen so starke Meinungsverschiedenheiten gelten konnten.

Läßt sich nun aber wenigstens für die Mehrzahl der Fälle die Behauptung des Verfassers, daß jede a° in factum pönale Natur hatte, erweisen?

Für die Einzelnachweisungen gliedert Verfasser die actiones in factum in: a) prätorische Strafklagen, b) prätorische Bereicherungsklagen. Mit letzterem etwas fremdartigen Ausdruck meint er die Klagen, welche gegen den Erben des mit einer actio in factum verpflichtet Gewesenen auf die Bereicherung gegeben werden. — Da sie in jedem einzelnen Fall immer nur ein Residuum der actio i. f. gegen den Erblasser sind, scheint es mir eine leicht mißzuverstehende Einteilung, wenn man sie jenen als besondere Gruppe gegenüberstellt.

Unter den prätorischen Strafklagen — deren Natur nun überall nachgewiesen werden soll (S. 17ff.) — erscheint zunächst die

1. actio de pecunia constituta. Daß diese irgend einmal als Pönalklage aufgefaßt worden sei, ist von Bruns ausgeführt worden, und der Verfasser vermag begreiflicherweise den von diesem bereits angeführten Argumenten für die Pönalität kein weiteres beizufügen. Die Brunsschen Beweise können jedoch wohl als ausreichend betrachtet werden, wenngleich sie der Natur der Überlieferung nach keineswegs reichlich sind und außer der zweimal vorkommenden Wendung, daß der Nichtzahlende „fidem constitutae rei fefellit", nur in der historischen Notiz des Ulpian D. 13, 5, 18, 2 über eine noch zu Marcellus' Zeit bestehende Streitfrage

„utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem“ bestehen, wobei Ulpian sich für das continere rei persecutionem, aber auch nur für dieses, entscheidet. Zuzugeben ist dem Verfasser dabei, daß aus Wendungen wie „actio rei persecutionem continet“ gegen die pönale Natur nichts geschlossen werden kann. — Denn damit kann bloß gemeint sein, daß die primär vorhandene Strafe die Ersatzfunktion in sich einschließt.

Warum ist aber nun die actio constitutoria eine Pönalklage? Sehen wir ab von der allgemeinen, schon oben abgelehnten Ausführung, wonach jede actio in factum in personam es notwendig ist, so hat Verfasser nicht einmal den Versuch einer Erklärung hierfür gemacht. Auch Bruns hatte das nicht getan. Man müßte denn in der Anführung der Stellen, die hier von einem „fidem fallere“ u. dgl. sprechen, eine Andeutung darauf finden, daß die Nichteinhaltung des Konstituts als besondere Treulosigkeit empfunden worden sei. Aber das wäre doch ein Haschen nach flüchtig hingeworfenen Worten und mehr Paraphrase als Erklärung. M. E. läßt sich für die Pönalität — das Wort im strengen Sinn genommen — eine Erklärung überhaupt nicht geben. Eher schon für die einzelnen praktischen Äußerungen der Pönalität. Praktisch kann die Frage nach der Strafnatur ja nur folgende Bedeutungen gehabt haben: 1. wird von mehreren, die in solidum konstituiert haben, durch die Zahlung des Einen Gesamtbefreiung bewirkt oder ist die Haftung eine kumulative? Dem Wortlaut der Formel nach war das letztere anzunehmen, und so würde sich die ältere Ansicht begreifen. Die Gegenmeinung entspricht dem Sinn und Zweck des Geschäfts und ist, indem sie in das officium judicis eine größere Freiheit hineinlegt, als jüngere wohl zu begreifen. Ähnliches gilt 2. von der in D. 13, 5, 18, 3 angeführten Streitfrage, ob Streitbefestigung über das Konstitut die sortis obligatio konsumiert (die jüngere verneinende Auffassung beruht auf feinerer Auslegung des Begriffs der eadem res). 3. Endlich für die Frage der Vererblichkeit (welche die Quellen nicht berühren) mögen die älteren vielleicht angeführt haben, daß nur Rechtsverhältnisse vererbt werden. Das formlose Paktum begründet ein solches nach Jus civile nicht, sondern bewirkt nur eine rein persönliche Verpflichtung des Paziszenten. Es wäre überhaupt für alle auf Pacta beruhenden Actiones in factum eine noch zu untersuchende Frage, seit welcher Zeit die Vererblichkeit der Pacta anerkannt worden ist. Für andere Actiones in factum ist von hier aus natürlich eine Erklärung nicht zu gewinnen.

Es ist wohl möglich, daß die Frage der Pönalität aus solchen Einzelerwägungen heraus beantwortet worden ist. Dann aber ist, da diese beträchtlich weit zurückliegen müssen und die einzelnen Spuren davon verlorengegangen sind, die Erkenntnis der Entwicklung für uns nicht mehr zu erhoffen.

2. Von der Actio aus dem Receptum argentariorum ist in dieser Richtung nichts überliefert.

3. Für das Receptum nautarum und die daraus entspringende Actio soll der einstige Strafcharakter daraus folgen, daß noch Ulpian

D. 4, 9, 3, 3 die Noxalhaftung in Abrede stellen „muß" (S. 30). Ob er es muß, weiß ich nicht; sagt jemand, zweimal zwei ist vier, so folgt daraus nicht, daß es irgend einmal für drei gehalten worden ist. Auch die sonstigen Beweisstücke sind nicht wesentlich besser, so daß es an dieser Stelle an einem Beweise der These fehlt.

4. Noch weniger klar ist die Sache bei der Actio funeraria. Wenn Verfasser anführt, daß Ulpian in D. 11, 7, 12, 4 deren Rechtsfolge eine Poena nennt, so übersieht er, daß diese Stelle schon von Pernice, Lab. 3, 1, 68 als interpoliert erkannt worden ist. Noch weniger hat es natürlich zu sagen, daß die ursprüngliche Strafnatur heute fast allgemein anerkannt wird (S. 34). Die Klassiker bringen davon nirgends auch nur eine Reminiszenz, sondern erklären den Anspruch einfach für reipersekutorisch. — Um so begreiflicher, als er ja auch unter die ediktsässige formula in jus concepta fiel, „quod As As negotia, quae Titii cum is moreretur fuerunt gessit", was Levy S. 36 richtig betont.

5. Besonders übel steht es aber mit den Beweisen der Pönalität bei den S. 38 ff. erörterten vier actiones in factum aus der Verwaltung des in possessionem mittierten Gläubigers. Daß dieses actiones in factum waren, ist natürlich und unbestritten; mit Levy ist auch anzunehmen, daß ihnen niemals eine formula in jus concepta zur Seite gestellt worden ist. Aber erstaunt ist man, nun weiter zu vernehmen (S. 40), „es sei also die Rezeption unserer vier actiones in factum ins Zivilrecht zu leugnen" (was ich nicht bestreite) „und damit ihre fortdauernde Strafnatur zu behaupten". Nun erinnere man sich, daß S. 15 der Verfasser uns gesagt hat, seine bisher noch nirgends anerkannte Behauptung (daß nämlich die actiones in factum sämtlich Strafklagen seien) bedürfe eines quellenmäßig zu führenden Beweises. Dieser wird nun hier eben mit dem id quod est demonstrandum geführt und ist um so weniger überzeugend, als Ulpian die passive Vererblichkeit für drei dieser Klagen betont, von der vierten aber, nämlich von der „si dolo malo (creditoris) deterior causa possessionis facta esse dicetur" im Gegensatz dazu sofort hinzufügt: actio ex dolo datur quae neque post annum neque in heredes dabitur .. cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur, wobei man deutlich sieht, wie die Dolusbedingung, wo sie Platz greift, das Entscheidende ist.

6. Dann geht der Verfasser über zur actio subsidiaria gegen die Munizipalmagistrate wegen der Verletzung ihrer Pflichten als Vormundschaftsbehörde. In dieser Verletzung ein Delikt zu erkennen wäre freilich dann das Gegebene, wenn es immer dolose Verletzung wäre. Aber Dolus wird in D. 27, 8 nirgends vorausgesetzt (wenn man auch die direkt von Culpahaftung sprechende Stelle des Celsus h. t. 7 für verdächtig halten mag). Die Pönalität ist hier allerdings nicht zu bezweifeln; denn in h. t. 9 wird der Anspruch direkt als poena bezeichnet; wieso das kommt, ist m. E. unerfindlich. Die Erbenhaftung scheint hier ursprünglich streitig gewesen und erst durch ein Reskript (in eigentümlicher Weise) geordnet worden zu sein, D. 27, 8, 6. Dasselbe gilt von Munizipalmagistraten, die im Verfahren wegen damnum infectum säumig sind (S. 45).

In ähnlicher Weise bespricht der Verfasser auch noch einige andere wichtige a[nes] in factum, die man bisher als Ersatzklagen angesprochen hat. Es würde den Umfang meines Referats überschreiten, ihm überall zu folgen; auch kann es nicht die Aufgabe des Referenten sein, in der Sache eine abschließende Stellung nehmen zu sollen. Bei einem Thema wie das gegenwärtige, das, wie ich meine, zu den umfassendsten und schwierigsten gehört, würde er es vor der Wissenschaft und vor sich selbst nicht verantworten können, eine definitive Äußerung zur Sache abzugeben, ohne das Material allseitig selbst neu durchforscht und durchdacht zu haben, und das kann bei einem bloßen literarischen Referat von niemand erwartet werden. Ich muß mir darum Reserve auferlegen und tue es um so lieber, als ich bei früherer Gelegenheit einmal die überraschende und unliebsame Erfahrung gemacht habe, daß die in einem einfachen Referat ausgesprochene, allerdings zustimmende Empfehlung einer Schrift mir geradezu als Miturheberschaft ihrer Thesen angerechnet und ich von der Opposition so angegriffen wurde, als hätte ich selbst sie aufgestellt. Ein wenig geschmackvolles Verfahren, das, indem es die Unbefangenheit der Kritik einschränkt, leicht dazu führen kann, daß die Rezensionen zu nichtssagenden Lobhudeleien oder einfachen Reklameanzeigen herabsinken und gegen welches ich unter Vorbehalt näherer Ausführung schon hier nachdrücklich Verwahrung eingelegt haben will.

Kehren wir zu unserem Verfasser zurück! Nachdem er zu dem bezeichneten Zweck die „prätorischen Strafklagen" erörtert hat, d. h. die actiones in factum, die sich gegen den durch einen Tatbestand unmittelbar Verpflichteten wenden, geht er über zu den „prätorischen Bereicherungsklagen", d. h. zu den Klagen gegen dessen Erben. Sie gehn bekanntlich auf „in quantum ad heredem pervenit" (man beachte auf S. 93 A. 5 die Untersuchung über diesen Ausdruck und sein Verhältnis zu der Wendung „in quantum locupletior factus est") und sind, wie der Verfasser m. E. richtig betont, nicht mehr Delikts-, sondern wahre (prätorische) Bereicherungsklagen. In diesem Zusammenhang bekämpft Verfasser als viel zu weitgehend namentlich die von de Francisci und Albertario aufgestellte Behauptung, wonach die gesamte Erbenhaftung aus Delikten auf „in quantum pervenit" unklassisch und kompilatorischer Herkunft sein soll, wobei namentlich der Hinweis auf fragm. de form. Fabiana 45 (S. 112) schlagend wirkt. Besonderes Interesse werden auch die Ausführungen über die actio rerum amotarum finden.

Den Beschluß der Arbeit macht eine Ausführung über die zivilen Deliktsklagen. Hier wird insbesondere an dem Beispiel der actio legis Aquiliae neuerdings und mit großer Schärfe dargetan, wie die zivilen Deliktsklagen ihrer Natur nach rein pönal sind und wo sie gleichzeitig Schadensersatz bringen, dies nur eine Nebenfunktion ist, die an ihrer eigentlichen Natur nichts verändert. Demgemäß ist die römische Begriffsreihe „Strafklage und Ersatzklage" keineswegs zusammenzuwerfen mit der von „Deliktsklage und Vertragsklage". Die auch hier wieder und hier wohl am schönsten durchgeführte Unterscheidung von pönaler Natur und konkurrierender reipersekutorischer Funktion der Klagen gibt

dem Verfasser Anlaß, auf den Begriff der sog. actio mixta einzugehen und scharf zu betonen, daß dieser Name, dessen Klassizität der Verfasser wohl mit andern zu bezweifeln scheint, aber einer erneuten Untersuchung nicht unterwerfen will, selbst wenn er von den Klassikern bereits gebraucht worden sein sollte, doch niemals einen quantitativen, sondern nur einen qualitativen Sinn gehabt haben könnte; d. h. nie würden sie daran gedacht haben, innerhalb einer Pönalklage zwei Stücke derselben zu unterscheiden, und z. B. bei mehreren Delinquenten die kumulative Haftung nur in Höhe der Poena, nicht auch in Höhe des erforderlichen Ersatzes zuzulassen. Vgl. vor allem S. 142. Dadurch wird das richtige Verständnis von Gaius 4, 6—11 gesichert, das durch die irreführenden Äußerungen der justinianischen Institutionen gefährdet ist.

Ich nehme hiermit Abschied von dem Buch, dessen Inhalt das Referat nicht allseits, sondern nur in den Hauptpunkten hat wiedergeben können. Ganz ohne Widerspruch konnte ich seine Resultate nicht hinnehmen; namentlich von der dem Autor ersichtlich sehr am Herzen liegenden Behauptung, daß jede actio in factum in personam ursprünglich pönal gedacht und empfunden worden ist und die Richtung auf den Schadensersatz sich hier überall erst allmählich als Nebenfunktion herausentwickelt hat, bekenne ich mich derzeit als noch nicht überzeugt. Aber, das möchte ich noch hervorheben, ich will damit die Ansicht Levys nicht als definitiv unhaltbar bezeichnet haben; möglich, daß bei einer gleich eingehenden Beschäftigung mit dem Gegenstand, wie er sie gepflogen hat, ich mich in seine Auffassung hineindenke. Das ist ein jeder zurückhaltenden Rezension eines originellen Buchs zu empfehlender Vorbehalt; Ideen, welche vom Herkömmlichen abweichen, stoßen ja beim Leser notwendig auf die Widerstandskraft seiner angewöhnten Vorstellungen, und es dauert oft lange, bis diese allmählich versiegt.

Daß die Schrift auch für die Interpolationenforschung manchen schätzbaren Beitrag bringt, nicht bloß positiv, sondern auch negativ durch Ablehnung allzu kühner Vermutungen, braucht kaum bemerkt zu werden. Sie wird hiermit jedermann zu eingehendem Studium empfohlen.

Leipzig, Oktober 1916. Mitteis.

Das Strafrecht im Rechte der Papyri von Dr. Rafael Taubenschlag, Privatdozenten des Römischen Rechts an der Universität Krakau. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner 1916. X und 131 S.

Der den Papyrologen schon wohlbekannte Verfasser legt hier eine Darstellung des Strafrechts, soweit dieses aus papyrologischen Quellen erkenntlich ist, der gelehrten Welt vor. Wie das Vorwort erzählt, ist das Manuskript in den heißen Tagen des Juli 1914 abgeschlossen und die Drucklegung während des Krieges von dem im österreichischen Heere

stehenden Verfasser besorgt worden. Das Buch ist dem Lehrer Taubenschlags an der Krakauer Universität, Stanislaus Wróblewski, gewidmet.

Die Arbeit, von der der Verfasser mit Recht sagen darf, sie beruhe „auf eigener, nach Möglichkeit vollständiger Durcharbeitung der einschlägigen Quellen“, ist in drei Teile gegliedert, wovon der erste die ptolemäische, der zweite die römische und der dritte die im Sprachgebrauch der Papyrologen sogenannte byzantinische Epoche, d. i. die Zeit des Absolutismus bis zur arabischen Eroberung behandelt. In den einzelnen Epochen bespricht T. nacheinander das materielle Strafrecht, Gerichtsorganisation und Prozeß, Strafen und schließlich das Sklavenrecht.

Die Einleitung (S. 2—4) behandelt verständig das Problem der Über- und Nebeneinanderlagerung des einheimischen, griechischen und römischen Rechts. Wenn der Verfasser für die Romanisierung des Strafrechts vor allem auf die Tätigkeit der ediktalen Strafgesetzgebung und die Praxis der statthalterlichen Gerichte verweist, so hat er dafür genügend Belege. Zweifelnder stehe ich den Bemerkungen über die Geltung bzw. Nichtgeltung des einheimischen Rechts gegenüber. Da müssen wir uns, solange wir nicht zugleich Ägyptologen von Fach sind, doch recht vorsichtig verhalten. Die Beispiele für Anwendung griechischen Rechts auf ägyptische Parteien sind denn doch nicht zahlreich genug und nicht entscheidend genug, um da sicher zu gehen. Ich habe den Eindruck, als ob der Verfasser hier etwas stark auf die griechische Seite neigte. Vgl. zur Frage und besonders zum Kampf des ägyptischen Nationalismus gegen die Fremden meine Ausführungen, S.-B. Bayer. Akad. 1914, 5. Abh., besonders 3 ff.

Die Arbeit T.s mußte zunächst eine Menge von Einzelfragen erledigen und im wesentlichen Kleinarbeit bleiben. Das wiederholt zitierte Motto ἐκ μέρους γιγνώσκομεν hat aber auch hier Geltung. Der Verfasser beschränkte sich zumeist absichtlich auf die papyrologischen Quellen. Wie schwer es ist, auf Grund antiker Strafrechtskasuistik ein System des Strafrechts zu schreiben und die allgemein grundlegenden Fragen etwa in dem Ausmaß zu behandeln, wie die moderne Kriminalistik das tut, dafür darf an das Römische Strafrecht Mommsens selbst erinnert werden. Die Dinge liegen auf strafrechtlichem Gebiete eben ganz anders als auf privatrechtlichem, wo der Usus modernus die Dogmatik von heute aus den römischen Quellen zu entwickeln unternommen hat. Oder, um wiederum Mommsen zu nennen, das römische — und antike — Strafrecht ist eine viel mehr historisch-philologische als juristische Disziplin. Man muß sich das vor Augen halten, um eine derartige Arbeit gerecht zu beurteilen, die vielleicht beim ersten Blick den Stoff nicht genügend zu meistern scheint. Der Verfasser hat es nicht etwa an Versuchen zu juristisch-dogmatischer Einordnung und Beleuchtung der Quellenergebnisse fehlen lassen: aber es überwiegen eben noch Detailforschungen. Erst eine kombinierte Betrachtung des papyrologischen Materials mit dem sonstigen — vor allem also für Rom mit dem der

Rechtsbücher — wird diesen der ersten Arbeit auf dem Gebiete naturgemäß anhaftenden und vom Verfasser selbst gewiß am besten gefühlten Nachteil beheben. Während das privat- und prozeßrechtliche Gebiet auch in der Papyrologie nämlich schon zum Teil monographisch vorbearbeitet ist, liegt auf strafrechtlichem Gebiet recht wenig vor. Die Arbeit des Verfassers verdient darum sehr unseren Dank und läßt den Wunsch rege werden, sie möge in der angedeuteten mehr „juristischen" Weise vom Verfasser selbst seinerzeit ergänzt werden. Dann könnte auf die grundlegenden Quellenstudien in diesem Buch verwiesen und so die Lektüre auch dem Nichtpapyrologen zugänglicher werden. Ich möchte damit nicht dem Hereintragen moderner Begriffe in eine ihnen fernstehende Quellenwelt das Wort reden, wohl aber einer mehr rechtsvergleichenden Darstellung. Aber es sei wiederholt, daß dazu eine quellenmäßige Erkenntnis des Stoffs unbedingte Voraussetzung ist, und diese hat der Verfasser in dankenswerter Weise geschaffen.

Einige allgemeinere Gesichtspunkte sind schon vorlängst aufgestellt worden. Bezüglich der Einteilung der Delikte in ptolemäischer Zeit verweist T. auf die bekannte und wohl sichere Unterscheidung des Straf- und Zivilunrechts und innerhalb des Strafunrechts auf die Scheidung der Delikte nach dem verletzten Rechtsgut, je nachdem an diesem bloß der Private (*ἴδιον ἀδίκημα*) oder auch die Öffentlichkeit interessiert ist. Diese Abgrenzung ist nun bekanntlich in den Rechtsordnungen verschieden. So ist in der römischen Ordnung, seit wir sie kennen, der Mord öffentliches Verbrechen, dessen Ahndung nicht der Sippe des Gemordeten überlassen bleibt, die Injurie aber Privatdelikt, während in Athen umgekehrt der Mord stets der Privatklage überlassen blieb, während für frivole Persönlichkeitsverletzung (Hybris) öffentliche Anklage zustand. Andere Auffassungen des *ἴδιον ἀδίκημα* weist T. (S. 6[1]) m. E. zutreffend zurück. Ein von Staats wegen, nicht erst auf Antrag des Verletzten oder seiner Sippe zu ahndendes Unrecht ist aber eben damit aus der einen Gruppe ausgeschieden und in die andere übergetreten[1]), auch wenn es einem Privaten vom Privaten zugefügt wurde. Die Unterscheidung ist also prozessual. Die *ὕβρις* ist, wie erwähnt, nicht Privatdelikt, obwohl sie vom Privaten dem Privaten zugefügt wird, wohl aber die römische *actio iniuriarum*; die attische Mordklage macht in diesem Recht den Mord dagegen zum Privatdelikt. Dies zur Klarstellung meiner Auffassung, die freilich von der des Verfassers abweicht, der vom „Privatdelikt im materiellrechtlichen Sinne" spricht, wenn die Straftat nur „durch eine Privatperson einer andern" zugefügt ist, unbekümmert, ob sie „vom Verletzten selbst" (gemeint ist: nur auf seinen Antrag hin) oder von Staats wegen geahndet wird (S. 6[2]). Warum der Verfasser an seiner eigenen Kategorie festhält, obwohl er die gewöhnliche Auffassung des Privatdelikts natürlich kennt, ist mir trotz seiner Bemerkung S. 109 nicht klar geworden.

---

[1]) Sofern sich also bei Raub und Diebstahl „Anzeichen eines staatlichen Eingreifens erkennen" lassen (S. 36), sind diese Delikte nicht mehr private, sondern öffentliche.

Bei der Einteilung der Delikte in ἁμαρτήματα und ἀγνοήματα läßt T. mehrere Erklärungsmöglichkeiten offen, zieht aber schließlich doch jene vor (z. B. S. 8. 25. 31), die im ἁμάρτημα das dolose Delikt, im ἀγνόημα eine Schädigung sieht, die sei es kulpos oder zufällig geschehen ist. Dabei ist freilich die Frage, inwieweit das ptolemäische Recht das Verursachungs- oder Verschuldungsprinzip als Grundlage der strafrechtlichen Haftung des Täters annahm, noch zu untersuchen. Hat es hier das Verursachungsprinzip schon überwunden, so wird nicht mehr das zufällige, sondern nur das fahrlässige Delikt geahndet und ἀγνόημα kann nur dieses bedeuten. Aber sicher sind wir noch durchaus nicht. Das kommt auch in den Ausführungen des Verfassers zum Ausdruck.

Gerne sähen wir weitere Fragen des „allgemeinen Teils" schon hier erörtert, aber der Verfasser hat es vorgezogen, solche im speziellen Teil, wenn wir den Hauptteil des Buches so nennen dürfen, gelegentlich mit zu berücksichtigen, offenbar von der Annahme geleitet, daß das Quellenmaterial für allgemeine Darstellung noch zu wenig ergiebig sei.

So tritt der Verfasser denn in die Erörterung der einzelnen Delikte in ptolemäischer Zeit ein. Zunächst werden die Privatdelikte behandelt. Gleich beim Mord, den das ptolemäische Recht anscheinend wie das attische als Privatdelikt auffaßt, sehen wir die Dürftigkeit des Quellenstandes so recht vor Augen. Mehr ist von der ὕβρις bekannt, wo sich der Verfasser für das alexandrinische Recht des Hal. 1 den grundlegenden Ausführungen von Partsch und San Nicolò anschließt, im übrigen aber auch die Kasuistik der Fälle aus der χώρα eingehend verarbeitet. Es folgt die Erörterung der βία, bzw. aller Tatbestände, die durch die βία als Angriffsmittel charakterisiert sind. Die römische Kasuistik Coroïs, La violence en droit Romain, findet hier eine ausgiebige papyrologische Parallele. Es ist schade, daß die Bücher nicht aufeinander Bezug nehmen konnten. Auch das διασείειν, die Erpressung von widerrechtlichen Abgaben durch Beamte, rechnet T. (S. 24 ff.) zu den Privatdelikten[1]: ob da aber nicht von Staats wegen ein Verfahren gegen den fehlenden Beamten erhoben werden konnte, steht doch noch dahin. „Erweisen" läßt es sich nun freilich nicht, aber Par. 61 kann doch auch in diesem Sinn gedeutet werden (anders T. 25[5]). Unter den Vermögensdelikten steht voran der Diebstahl; der Begriff ist weit, er faßt qualifizierte Fälle ebenso zusammen wie Delikte, die nicht Diebstahl in unserem Sinne sind (Veruntreuung S. 30). Es scheint, daß der Diebstahl unter Umständen zum öffentlich verfolgten Delikt wurde; begreiflich ist dies besonders beim Raube (S. 29). Auch die Sachbeschädigung ist durch zahlreiche Einzelfälle belegt. Eine allgemeine Bestimmung trifft Hal. 1, 99 ff. gegen Bauen und Pflanzen unter Verletzung des Nachbarrechts (dazu T. S. 30 f.). Endlich finden wir eine Reihe betrügerischer Tatbestände in Beispielen aus

[1]) Er gerät dabei freilich mit seiner eigenen Definition eines Privatdelikts in Widerspruch, das vom Privaten den Privaten zugefügt sei (S. 6), und es erweist sich die Richtigkeit der obengenannten Auffassung des Privatdelikts als des dem geschädigten Privaten zur Ahndung überlassenen Delikts.

den ptolemäischen Papyri, einen technisch ausgebildeten Betrugsbegriff indes noch nicht (S. 33f.). An diese Erörterungen schließen sich Betrachtungen über falsches Zeugnis, wodurch jemand zu Schaden gekommen, über eine eigenartige Verletzung des Hausrechts und schließlich über den Ehebruch.

Unter den crimina publica der ptolemäischen Zeit werden zunächst die Steuerdelikte (S. 36ff.) besprochen, deren Wesen von der Steuerverwaltung bedingt ist und die daher vom Zahler, Beamten, Pächter und anderen an der Pacht beteiligten Personen begangen werden können. Damit verwandt sind die *βασιλικὰ ἐγκλήματα*, die „gegen die Interessen der königlichen Domänen und Monopole verstoßen" (S. 44ff.). Wird zugleich mit dem König auch ein Privater geschädigt, so sind die Delikte „gemischter" Natur. Ist durch die Unregelmäßigkeit nur ein Monopolpächter geschädigt, so liegt ein reines Privatdelikt vor, es scheint wenigstens hierbei die Klage dem Geschädigten vorbehalten zu sein. Einige Beobachtungen über das Majestätsverbrechen, das sich gegen die staatliche Ordnung und damit gegen den den Staat personifizierenden König richtet (*ἀσέβεια* mit Rücksicht auf das Gottkönigtum), sowie die Besprechung der Sakraldelikte (*ἱεροσυλία* und Asylverletzung) schließen die Erörterung des materiellen Strafrechts der ptolemäischen Zeit ab. Verletzung des *ὅρκος βασιλικός* ist Majestätsdelikt.

In der Behandlung der ptolemäischen Gerichtsorganisation und des Prozesses (S. 52ff.) werden die erst von Mitteis, dann von Semeka u. a. erörterten Fragen neu besprochen. T. darf auch hier genaue Quellen- und Literaturverwertung für sich in Anspruch nehmen. Eine Zahl von Einzelfragen bleibt freilich noch, wie der Verfasser ehrlich zugibt, offen. Ich hoffe, einmal zusammenfassend über diese Dinge handeln zu können. S. 73ff. werden die Strafen zusammengestellt: Todesstrafe, Körper-, Freiheits- und Vermögensstrafen. In der Besprechung des deliktischen Sklavenrechts (Lill. 29, Hal. 1) schließt sich der Verfasser Partsch' bekannten Ausführungen (Arch. f. Papyrusf. VI 65ff.) an.

Nach demselben Prinzip wie die ptolemäische sind die römische und byzantinische Periode behandelt. Wenn der Verfasser bei der Einteilung der Delikte „Privatdelikt" in dem von ihm angenommenen Sinn versteht, so muß er natürlich den Mord auch für die römische Zeit wie für jede Epoche unter diese Kategorie einreihen. Aber von besonderem Interesse für die Erkenntnis eines Fortschritts des Kriminalrechts ist die Frage, ob der Staat den Mord von sich aus ahndet oder nur dann, wenn die Sippe des Toten Ahndung verlangt, m. a. W., ob der Mord ein crimen publicum im römischen Sinne geworden ist oder delictum privatum bleibt. Die Frage ist natürlich leichter gestellt als beantwortet. Denn, wenn die Quellen etwa von der Mordanzeige durch Bruder oder Schwester berichten, ist damit die Frage noch lange nicht im Sinne des delictum privatum entschieden. Und mir will es unmöglich scheinen, daß die römische Ordnung in den Provinzen, und sei es auch im exzeptionell behandelten Ägypten, auf ein Prinzip verzichtet hätte, welches das römische Strafrecht, seit wir es kennen, beherrscht (vgl. Mommsen, Strafr. 614).

Sind für Mordfälle die Belege spärlich, so sind sie desto häufiger für ὕβρις und βία. Wichtiger als die Kasuistik der Einzelfälle ist aber die Konstatierung der Tatsache, daß bei der βία sich ein Übergang vom privaten zum kriminellen Strafrecht (S. 86f.) feststellen läßt. Auch beim διασείειν, der Erpressung durch Beamte, läßt sich eine ähnliche Entwicklung beobachten. Man darf sich durch die Statistik der Überlieferung, die in überwiegendem Maße auf private Beschwerden hinweist, nicht beirren lassen. Auch müssen wir polizeiliches und gerichtliches Verfahren, wie dies Mitteis genügend klargestellt hat, stets wohl auseinanderhalten. Dazu die Ausführungen des Verfassers S. 97ff. Anscheinend rückt sogar der Diebstahl ins Gebiet der crimina, wenigstens begegnen λῃστοπιασταί, „Diebesfänger" (T. S. 90[1]): aber freilich ist es wieder möglich, daß diese Organe nur dann in Aktion traten, wenn eine Privatklage vorlag.

Macht sich so der Zug zum öffentlichen Strafrecht im Privatdeliktsrecht bemerkbar, so sind die Belege für crimina publica gegen den Staat selbst auch in dieser Zeit nicht sehr zahlreich. Es ist nicht verwunderlich, wenn sie sich in erster Linie auf dem Gebiete der Fiskaldelikte (S. 92ff.) als Betrug bei der Zollverwaltung, Diebstahl aus staatlichen Magazinen und von Staatsgut überhaupt zeigen. Unter dem Staatsdelikt im besonderen Sinne begegnet der verbotene Waffenbesitz. Die für Verletzung des Kaisereides bestimmte Strafe ist auch heute noch nicht aus den Papyri ersichtlich (S. 95[2]). Von Geschlechtsdelikten begegnen Päderastie und Inzest (S. 95f.). Über die hierauf gesetzten Strafen ist nichts bekannt.

Im Anschluß an die Schilderung des Prozesses ist S. 104ff. kurz von Asylrecht, Appellation und Amnestie die Rede. Sodann werden die Strafen dieser Periode und mit einigen Bemerkungen das Sklavenrecht besprochen.

Für die byzantinische Epoche ist unter den Belegen für Straftaten bekanntlich der schon wiederholt behandelte P. BGU. 1024 bedeutsam, wie Braßloff gezeigt hat, ein Produkt der schönen Literatur, dessen Berichte aber tatsächliche Grundlagen haben: der Papyrus erzählt von drei Mordprozessen auf sexuellem Hintergrund. Von Staatsdelikten ist ein besonderer Fall der Gemeinschaft mit dem Landesfeind (Cair. Cat. Maspero 67004) belegt (S. 118), ferner fällt für den heidnischen Staat christliches Bekenntnis unter das Staatsdelikt, während in der christlichen Aera nichtchristliches und haeretisches Bekenntnis ein eigenes Delikt bilden (Mommsen, Strafr. 599ff., Verf. 118f.). Gerichtsorganisation und Prozeß, Strafen und Sklavenrecht sind die Gegenstände der weiteren Erörterungen. Gerade für die byzantinische Zeit wird hier aus der Mitverarbeitung anderer Quellen als der Papyri noch reicher Ertrag zu erwarten sein.

Auch hier hat die mühevolle, das Quellenmaterial sammelnde und sichtende Arbeit des Verfassers die notwendige Grundlage geschaffen. Daß die notwendigen Indices bei der Arbeit Taubenschlags nicht fehlen, braucht kaum bemerkt zu werden.

München. L. Wenger.

La violence en Droit Criminel Romain par Jean Coroï. Paris 1915. 361 S.

Dieses Buch stammt aus Girards Schule, ist dem Lehrer gewidmet und weist die eingehende Kenntnis und Verwertung der französischen, aber auch der deutschen und italienischen Literatur auf, die wir bei Büchern aus dieser Schule anzutreffen gewöhnt sind. Der Verfasser hat sich ein sonst wenig zu monographischer Bearbeitung beliebtes Gebiet ausgesucht, indem er ein strafrechtliches Thema wählte. Dabei fußt er natürlich durchaus auf Mommsen. Mit stets neuer Bewunderung sieht man aus einer so umfangreichen Monographie über eine im Zuge der Gesamtdarstellung Mommsens erörterte Frage, wieviel Stoff der Meister in knappste Form zu pressen verstanden hat. Er hebt ja selber (Strafr. VIII, vgl. auch 536) hervor, wie er in seiner Arbeit viele Einzelheiten und kasuistische Darlegungen übergehen mußte, und daß er besonders für eine Auseinandersetzung mit der neueren Literatur keine Gelegenheit gehabt habe. Hier kann die Tätigkeit Späterer und Jüngerer mit Grund einsetzen. Coroï hat das Kapitel *vis* (bei Mommsen S. 652—666) in diesem Sinne zur Einzelbearbeitung übernommen. Ich habe die Arbeit an anderer Stelle (Krit. Vierteljahrsschr. 1915) eingehender besprochen und darf mich daher hier um so eher mit einem Hinweis auf jenes Referat begnügen, als die allgemeinen Ausführungen des Verfassers sich mit Mommsens leitenden Gedanken naturgemäß teils decken, und, wo sie abweichen, doch auseinandersetzen müssen, während für die Stärke dieser Arbeit, die vor allem in kasuistischer Erörterung der römischen *vis*-Kasuistik liegt, der Referent, um nicht bloß zu wiederholen, ohnedies auf das Buch selbst verweisen muß. Prozeß und materielles Recht sind gebührend zusammen behandelt. Wenn die äußere Einteilung nach dem staatsrechtlichen Grundsatz der Scheidung in republikanische Zeit, Prinzipat, absolute Monarchie gegliedert ist, so kann damit der Verfasser mit Recht das Nebeneinandervorkommen des ordentlichen und außerordentlichen Verfahrens klarmachen.

Nach einer die Ansätze zur Entwicklung des *vis*-Begriffes schildernden Einleitung (S. 17—29) beginnt die eigentliche Arbeit (S. 31 ff.) mit der Erörterung der *lex Plautia de vi*, vermutlich 77 v. Chr. Über den Einzelfällen erhebt sich schon der allgemeine Gedanke, den Cic. pro Mil. V 13 so formuliert: *nulla vis umquam est in libera civitate suscepta inter cives non contra rem publicam.* Es ist derselbe Entwicklungsgedanke, der bekanntlich das ganze Strafrecht beherrscht. Bei Besprechung der *lex Pompeia de caede in via Appia facta* (S. 93 ff.) ist die Stellungnahme zur Frage bedeutsam, ob der Vorsitzende über die Schuldfrage mit abstimme. C. hält sich (S. 112), entgegen Hitzigs bekanntem Widerspruch (Herkunft des Schwurgerichts, 1909, 10 ff.), an Mommsens (Strafr. 208) bejahende Antwort. Die julischen *vis*-Gesetze weist der Verfasser (S. 134 ff.) Augustus, nicht Caesar zu, entscheidet sich übrigens mit Girard (diese Zeitschrift Bd. XXXIV, 323 f.) für ein einheitliches Gesetz. Mir scheint, wie ich a. a. O. näher ausführe, das nicht so sicher. Mit Recht dagegen

sondert, in Widerspruch zu Mommsen und anderen, C. diese Gewaltgesetze von den Prozeßordnungen, den *leges iudiciariae* des Augustus (S. 144—155). Eingehend (S. 156—248) werden nun die Einzelfälle besprochen. Eine Abgrenzung der öffentlichen und der privaten *vis* läßt sich, wie C. mit Recht betont (249 ff.), nicht nach allgemein theoretischen Gesichtspunkten geben, für die Einordnung der Einzelfälle unter die eine oder andere Kategorie entscheidet mehr das Bedürfnis nach strengerer oder milderer Bestrafung. Die Gesetzgebung des absoluten Staates findet am Ende des Buchs (S. 303 ff.) knappe Darstellung.

München. L. Wenger.

O. Th. Schulz, Das Wesen des römischen Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte. Studien zur Geschichte und Kultur des Altertums von Drerup, Grimme und Kirsch Bd. VIII Heft 2. Paderborn 1916.

Die Tatsache, daß nach republikanischem Rechte das Heer die Befugnis hatte, seinen Befehlshaber nach erfochtenem Siege als Imperator zu begrüßen, und daß der also Geehrte von diesem Augenblicke an jenen Titel zu führen pflegte, hat Mommsen zur Grundlage dafür gedient, anzunehmen, daß in der Kaiserzeit das Heer das Recht gehabt habe, den Imperator zu ernennen; ja er ist so weit gegangen zu behaupten, daß sogar jeder einzelne Soldat das Recht gehabt habe, wenn auch nicht sich selber, so doch jeden andern zum Imperator zu akklamieren. Kein Wunder, daß er dann daraus die Konsequenz zieht, daß dem Prinzipat, wie es von Augustus begründet worden sei, der Begriff der Legitimität so vollkommen abhanden gekommen wäre, wie wohl nie sonst wieder einem anderen Regimente (Staatsr. II³ 841 ff.).

Der Kampf gegen diese Auffassung Mommsens bildet den Kern der Ausführungen von Schulz in der hier zur Besprechung stehenden Schrift. Er geht dabei der historischen Entwicklung nach, indem er die Anfänge des Augustus und die allmähliche Entstehung seiner Herrschaft untersucht, dann die einzelnen Thronbesteigungen der späteren Kaiser betrachtet und zeigt, daß dabei von einer solchen Theorie nirgends etwas zu bemerken sei, ja daß die Quellen und die Tatsachen selber ihr direkt auf das entschiedenste widersprechen. Seine Ausführungen sind in den Hauptpunkten die folgenden:

Die erste Periode von Augustus' Herrschaft war die Periode des Triumvirates, von 43—33 v. Chr. dauernd, die mit dem späteren Prinzipat begrifflich nichts zu tun hat. Denn das Triumvirat ist nichts anderes gewesen als eine verhüllte Diktatur derselben Art wie Sulla und Caesar sie geübt haben. Auch die weiteren fünf Jahre von Augustus' Herrschaft vom Jahre 32—27 v. Chr. haben mit dem Wesen des Prinzipates noch nichts gemein. Oktavians Machtbefugnis beruht in dieser Zeit auf einem Notstandskommando, welches durch den Soldateneid legitimiert war, den der Senat und das Volk von Rom sowie sämtliche westliche

Provinzen ihm beim Ausbruch des Konfliktes mit Antonius geleistet hatten, als die triumvirale Gewalt ihr rechtliches Ende erreicht hatte. Die vielbehandelte Kontroverse, ob diese Auffassung, die zugleich die offizielle von Augustus im Mon. Anc. vertretene war, richtig ist, oder ob eine Fortführung der Triumviralgewalt bis zum Jahre 27 anzunehmen sei, ist für die hier allein in Betracht kommende Tatsache, daß die Herrschaft bis 27 v. Chr. mit dem späteren Prinzipat inhaltlich nicht zusammenfällt, unwesentlich.

Erst mit diesem Jahre tritt Augustus diejenige Amtsbefugnis an, welche er dann sein ganzes Leben hindurch geführt hat und die auch auf alle späteren Kaiser übergegangen ist. Die Untersuchung über ihren Charakter ist also ausschlaggebend für das Wesen des Kaisertums überhaupt.

Das Charakteristische des Vorganges vom Jahre 27 besteht nun, wie Schulz mit Recht hervorhebt, gerade darin, daß Augustus seine bisherige absolute Gewalt in die Hände von Senat und Volk von Rom zurückgibt und dafür von Senat und Volk von Rom eine beschränkte, mit der Republik verträgliche Gewalt zurückerhält. Das Legitime und das Republikanische wird dabei von der offiziellen Auffassung in Monum. Ancyr. besonders hervorgehoben: post id tempus . . . potestatis nihilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae.

Bei dieser offensichtlichen Tendenz des Kaisers erscheint ein Spielen mit revolutionären Gedanken dem Verfasser unserer Schrift mit Recht völlig ausgeschlossen. In der Tat zeigt sich denn auch bei diesem Begründungsakte des Prinzipats nicht nur tatsächlich keinerlei Mitwirkung des Heeres, sondern sie ist sogar nach republikanischem Rechte völlig ausgeschlossen. Denn die neue Gewalt bestand in der Übernahme des Imperiums in den drei Provinzen Spanien, Gallien und Syrien, welche dem damaligen Konsul Augustus als seine „provincia“ von Senat und Volk auf zehn Jahre zur Verwaltung überlassen wurden. Und bei derartigen Verleihungen, wie sie bekanntlich gegen Ende der Republik wiederholt vorgekommen sind, hat das Heer nie etwas mitzureden gehabt. Wie dieses imperium staatsrechtlich definiert gewesen ist, das zu bestimmen ist eine schwierige Frage. Schulz spricht sich dafür aus, daß es als imperium consulare zu bezeichnen sei. Mit Recht meiner Ansicht nach für den damaligen Zeitpunkt. Denn Augustus war damals Konsul und beabsichtigte, wie die Folge zeigte, das Konsulat dauernd zu führen;. er ist bis zum Jahre 23 tatsächlich fortwährend Konsul gewesen. Wenn ihm also damals die Verwaltung von Provinzen neben seinem Konsulat übertragen wurde, so liegt es am nächsten, sein imperium consulare als dasjenige anzusehen, kraft dessen er auch die Provinzen verwaltete. Aber theoretisch betrachtet ist hier allerdings eine Unstimmigkeit vorhanden. Konsul wurde Augustus immer nur auf ein Jahr, und ob er im nächsten wiedergewählt werden würde, war zwar tatsächlich nicht fraglich, aber rechtlich nicht gegeben. Die Verwaltung der drei Provinzen wurde ihm dagegen auf zehn Jahre übertragen. Wie diese Unstimmigkeit in der Formulierung der Übertragung beseitigt

worden ist und ob sie überhaupt beseitigt wurde, wissen wir nicht. Praktisch wurde sie erst, als Augustus im Jahre 23 das Konsulat niederlegte. Nun hatte er kein imperium consulare mehr, sondern sein imperium in den Provinzen wurde damit von selber zu einem imperium proconsulare. Da ein solches nicht, wie das konsularische, dem imperium der anderen Statthalter übergeordnet ist, mußte jetzt, wenn die bisherige Überordnung Kraft behalten sollte, ausdrücklich vom Senate dekretiert werden, daß das imperium proconsulare des Augustus gegenüber dem aller anderen Prokonsuln als ein imperium maius zu gelten habe. Das ist denn auch tatsächlich geschehen (Dio LIII 32, 5). Ich kann also Schulz darin nicht recht geben, daß er dem Augustus auch noch nach dem Jahre 23 ein imperium consulare zuschreibt, sondern glaube mit Mommsen, daß von dieser Zeit an das kaiserliche imperium nur als imperium proconsulare maius definiert worden ist. Schulz stützt sich für seine Hypothese darauf, daß im Mon. Ancyranum an zwei Stellen von einem imperium consulare des Augustus in späterer Zeit die Rede sei und daß ein solches auch unter Claudius erwähnt werde (S. 164 f.). Aber diese Erwähnungen beziehen sich alle auf bestimmte Funktionen, die diesen Kaisern übertragen waren, Abhaltung von Census und Vorsitz bei Spielen, wofür das imperium consulare eigens verliehen sein wird, da das proconsulare nicht genügte, weil es ja seinen Wirkungskreis eigentlich gar nicht auf die Stadt Rom erstrecken durfte. Diese Frage der Formulierung von Augustus' Imperium ist von M. Gelzer in seiner ungerechtfertigt absprechenden Rezension von Schulz (Wochenschr. f. kl. Phil. v. 23. Okt. 1916) über Gebühr in den Vordergrund geschoben und darüber das, was die Hauptsache bei der Schulzschen Schrift ist, kaum berührt worden.

Ebensowenig wie im Jahre 27 ist nun im Jahre 17 und bei den folgenden, im ganzen fünfmal erfolgten Übernahmen der Provinzen und der prokonsularischen Gewalt durch Augustus von einer Mitwirkung des Heeres die Rede, und auch bei der Übernahme der durchaus gleichartigen prokonsularischen Gewalt durch Agrippa, Tiberius und Germanicus hören wir nichts von Mitwirkung der Armee. Ja bei einem dieser Fälle, der Gleichstellung des Tiberius im Kommando mit dem altersschwachen Augustus werden wir über die Formalitäten der Verleihung durch eine lex und ein senatusconsultum genauer unterrichtet, und Schulz betont mit Recht, daß der Rückschluß davon auf Augustus' eigene Befehlsgewalt durchaus gerechtfertigt sei (S. 63).

Auch in der mit unseren Erörterungen nahe zusammenhängenden Frage nach der Bedeutung des praenomen imperatoris bei Augustus kann man Schulz nur beistimmen. Mommsen und die meisten anderen Forscher fassen dasselbe als Ausdruck von Augustus' prokonsularischer Gewalt. Ich selber habe früher auszuführen gesucht, daß es wenigstens als Ausdruck eines formalen Imperiums aufzufassen sei, bin aber trotz Gelzers Einspruch zu der Überzeugung gekommen, daß Schulz recht hat, wenn er S. 15 sagt: „Selbstverständlich kann das Praenomen Imperator keine selbständigen rechtlichen Kompetenzen

enthalten . . . Rechtlich soll es sein ein ererbter Name und weiter nichts." Er hätte danach keine andere staatsrechtliche Stellung zu den Machtbefugnissen, aus denen sich die Kaisergewalt zusammensetzte, als der Name Augustus, der auch keinerlei Kompetenz verlieh. Politisch betrachtet war natürlich die Wahl gerade dieses Namens als Praenomen ein Meisterstreich. Aber das steht auf einem anderen Brette und ist staatsrechtlich ebenso indifferent, wie charakteristisch für den so gerne im Helldunkel arbeitenden Begründer des Prinzipats, der ein Monarch sein und ein Republikaner heißen wollte.

Schulz verfolgt dann weiter die Verhältnisse bei der Thronbesteigung der folgenden Kaiser und zeigt, daß, sooft auch tatsächlich das Heer, besonders die Prätorianer, den Ausschlag gegeben haben, doch in unseren Quellen überall, wo nur eine etwas genauere Erzählung vorliegt, die Anschauung herrsche, daß die rechtliche Verfügung über das imperium ausschließlich bei Senat und Volk von Rom gelegen habe. So erhielt Gaius (Caligula) alle Befugnisse, die Augustus allmählich erhalten hatte — es handelt sich außer dem imperium proconsulare um die tribunicia potestas, das Oberpontifikat und sonstige Spezialbefugnisse — durch Senat und Volk *ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ*. Bei der Erhebung des Claudius sendet der Senat an den Prätendenten die Aufforderung, *ἐπὶ τῷ δήμῳ καὶ τῇ βουλῇ καὶ τοῖς νόμοις γενέσθαι*, wodurch also eine Erhebung durch die Prätorianer direkt als ungesetzlich bezeichnet wird. Otho entschuldigt sich im Senate, daß er mit Gewalt — vi coactus — zur Übernahme gezwungen sei und läßt sich dann vom Senate das imperium verleihen, Vitellius bezeichnet nicht den Tag seiner Erhebung durch das Heer, sondern den geraume Zeit späteren 19. April, an welchem er in Rom anerkannt war, als seinen dies imperii.

Und dieselbe Auffassung der Sachlage findet sich bei den späteren Kaisern, z. B. bei Hadrian und Pertinax wiederum deutlich ausgesprochen (S. 35—52).

Wenn somit die durch die ersten zwei Jahrhunderte des Kaisertums durchgeführte Untersuchung über die Thronbesteigungen der Caesaren das Resultat ergibt, daß die Theorie vom Recht des Heeres bei der Kaiserernennung in unserer Überlieferung keine Stütze findet, so bleibt nur noch der letzte Ausweg Mommsens zu verlegen, daß man nicht erwarten würde, den schroffen Satz, daß der Prinzipat eine „nicht bloß praktisch, sondern auch theoretisch durch die rechtlich als permanent anerkannte Revolution temperierte Autokratie" gewesen sei, in der „zahmen uns erhaltenen Literatur niedergelegt zu finden".

Schulz tut das treffend mit Berufung auf Tacitus, dessen oppositionelle Stellung gegen das Kaisertum ihm doch gerade nahegelegt hätte, eine solche Theorie, wenn sie existiert hätte, hervorzuheben und damit dem Kaisertum die rechtliche Grundlage zu entziehen (S. 32). Am deutlichsten tritt die gegenteilige Auffassung des Tacitus wohl hervor in den Worten, die er bei der Erhebung Othos durch die Prätorianer gebraucht: „minus triginta transfugae et desertores quos centurionem aut tribunum sibi eligentes nemo ferret, imperium adsignabunt? (Schulz S. 30).

Die Mommsensche Identifizierung der Übernahme des kaiserlichen Imperiums mit der republikanischen Imperatorakklamation ist nun, wie zum Schlusse noch bemerkt werden mag, nur dadurch zustande gekommen, daß Mommsen eine Voraussetzung bei der republikanischen Akklamation, die den ganzen Akt überhaupt erst zu einem rechtlich gültigen machte, beiseite gelassen hat. Nämlich die Voraussetzung, daß der Akklamierte bereits im rechtlichen Besitze des Imperiums sein mußte, daß er also durch die Akklamation nicht das Imperium erhielt, sondern nur den Imperatortitel. Einen Privaten zum Imperator zu akklamieren, ist nach republikanischem Rechte den Soldaten nicht gestattet. So wird die Theorie Mommsens auch von dieser Seite her hinfällig und dürfte daher wohl als endgültig widerlegt anzusehen sein.

Leipzig. J. Kromayer.

Hans Steiner, Datio in solutum. München, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung 1914. VI und 163 S.

Der Verfasser hätte seiner Arbeit den Untertitel „ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung im römischen Recht" geben können. Denn sie will in ihrem ersten Teil vor allem an der Geschichte der solutio den Nachweis erbringen, daß auch das römische Recht von dem Gegensatze von Schuld und Haftung beherrscht gewesen sei.[1]) Ein solcher Versuch ist weder neu, noch kommt er überraschend. Das Thema „Schuld und Haftung" ist in den letzten Jahren in der Literatur sehr beliebt gewesen. Seitdem die grundlegenden Untersuchungen v. Amiras, Puntscharts und v. Gierkes den germanistischen Obligationsbegriff herausgearbeitet haben, hat man es unternommen, ihn auch für eine Reihe anderer Rechte nachzuweisen — es sei vor allem an Partschs' Griechisches Bürgschaftsrecht erinnert — und die Erkenntnis dringt immer mehr durch, daß die Begriffe Schuld und Haftung nicht spezifisch germanische, sondern allgemein menschliche seien, die man daher in jedem Rechte auf bestimmter Kulturstufe wiederzufinden erwarten könne. Es kann daher nicht wundernehmen, wenn gerade in jüngster Zeit Untersuchungen auftauchen, welche den römischen Obligationsbegriff als identisch oder doch wenigstens verwandt mit dem germanischen nachzuweisen suchen[2]), und bezeichnenderweise wird auch in den neuesten Gesamtdarstellungen des römischen Privatrechts (in v. Mayrs Römischer Rechtsgeschichte I_2 57 und Rabels Grundzügen des römischen Privatrechts 453) die Frage von Schuld und Haftung erörtert.

Wer jemals sich in der vergleichenden Rechtsgeschichte umgesehen und an den Begriffen Schuld und Haftung ihren allgemein menschlichen

---

[1]) Einen Auszug aus diesen Untersuchungen gibt des Verfassers Artikel „Schuld und Haftung im römischen Recht" in Grünhuts Ztschr. 41, 159f.

[2]) Vgl. etwa die Literaturnachweise bei Schreiber, Schuld und Haftung 4[3], zu denen noch Marchi, Storia e concetto della obbligazione Romana (1912) nachzutragen wäre.

Charakter erkannt hat, wird solche Untersuchungen begrüßen, wenngleich er nicht verkennen wird, daß sie im römischen Recht auf mancherlei Widerstände stoßen. Es kann sich selbstverständlich nicht darum handeln, nachzuweisen, daß dieser oder jener Fall im römischen Recht sich besser erklären läßt, wenn man die Unterscheidung von Schuld und Haftung zugrunde legt — es ist dies ein Gesichtspunkt, von dem aus man vielleicht für das geltende Recht an das Problem herantreten kann —, sondern es kommt darauf an, ob die Römer den Gegensatz von Schuld und Haftung als lebendigen empfunden haben. Der Beantwortung dieser Frage stellen sich allerdings erhebliche Schwierigkeiten in den Weg. Die Begriffe Schuld und Haftung zeigen überall die Neigung zusammenzuwachsen, je weiter die Rechtsentwicklung fortschreitet. Man darf daher erwarten, ihnen sozusagen in Reinkultur zu begegnen, wenn man in die Anfänge der Rechtsentwicklung eines Volkes zurückgeht. Der Zustand der Überlieferung der römischen Rechtsquellen scheint aber solchen Untersuchungen wenig günstige Aussichten zu eröffnen. Angesichts der Kärglichkeit der älteren Rechtsquellen ist man vielfach auf mehr oder weniger hypothetische Rückschlüsse aus den Rechtsverhältnissen späterer Zeiten angewiesen, wenn man das Recht der Urzeit erschließen will. Was indessen sorgfältig abwägende Untersuchung auf diesem Wege erreichen kann, dafür kann gerade für das Gebiet des Schuldrechts Mitteis' Arbeit über die Herkunft der Stipulation als Vorbild dienen. Allein auch die Quellen der klassischen Zeit sind nicht so hoffnungslos, als man prima facie glauben möchte, wenn man mit Hilfe der interpolationenkritischen Methode sie zu einer Revision des römischen Obligationsbegriffes heranzieht. Die Grundlagen sind in diesem Punkte bereits gelegt durch Perozzis gedankenreiches Buch über die obbligazioni Romane (1903). Wenn dieser Gelehrte die Begriffe obbligazione als stato di asservimento und obbligo im Sinne der Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten unterscheiden will und somit zu einem Ergebnisse gelangt, das mit der germanistischen Unterscheidung von Haftung und Schuld mancherlei Berührungspunkte aufweist, so ist dies um so beachtenswerter, als Perozzi anscheinend von der germanistischen Literatur unbeeinflußt ist, sich wenigstens nirgends auf sie beruft.

I. Den Ausgangspunkt solcher Untersuchungen wird vor allem die Terminologie bilden müssen. Wenn man dem Verfasser glauben soll, besteht allerdings in diesem Punkte heute kaum mehr ein Problem. Er belehrt uns (S. 2): den deutschen Ausdrücken Schuld und Haftung entsprechen sprachlich in der römischen Terminologie debitum und obligatio. Nun wird in der Tat die Gleichung obligatio = Haftung durch die Etymologie des Wortes (von ligare „binden“, also „Bindung“, eine Vorstellung, die auch in anderen Rechten dem Haftungsbegriffe zugrunde liegt), seine Verwendung zur Bezeichnung der Pfand(Sach)haftung (pignoris obligatio), sowie endlich durch das schon von Perozzi S. 66f. gesammelte Material in hohem Grade wahrscheinlich gemacht. Allein mit dieser Erkenntnis ist die Frage nach der Bedeutung von obligatio noch keineswegs erledigt. Schon Perozzi hat nachgewiesen, daß obligatio

nur bei bestimmten Schuldverhältnissen gebraucht wird, und von dieser Feststellung gehen die neueren Untersuchungen Marchis, sowie Arangio-Ruiz' (La genti e la città 37f.) aus, die letztere, indem sie die Beschränkung von obligatio auf zivile Schuldverhältnisse nachzuweisen versucht (vgl. schon Mitteis, Röm. Privatr. I 58). Es ruft das Gefühl der Enttäuschung hervor wenn der Verfasser alle diese Fragen mit Stillschweigen übergeht und nichts weiter bietet, als die wohl richtige Bemerkung (S. 7 N. 1), daß obligatio bei den Juristen häufig auch schon die Leistungspflicht umfasse, also dem entspricht, was wir heute Schuldpflicht nennen.

Noch dürftiger sind des Verfassers Ausführungen zu debitum (debere). Es soll ursprünglich ein Können und Dürfen bezeichnet haben, d. h. eine Handlung, mit welcher jemand eine Haftung von sich abwenden konnte, und erst später ein rechtliches Sollen, das übrigens zunächst nur durch prätorische Klage geschützt war. Als Beweis für diese Behauptung wird angeführt die fiktizische Formel des Publikanen bei Gaius 4, 32: ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum esset, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur in Verbindung mit dem Umstande, daß in der lex agraria (Bruns[7] 73f.) debere die Zahlungsverbindlichkeit des Pächters des ager publicus gegenüber dem Publikanen bezeichne. Nun ist es zwar richtig, daß luere debere bei Gaius sich nur auf das Recht zur Pfandlösung bezieht, allein es scheint mir willkürlich, aus dieser einzigen Stelle die ursprüngliche Bedeutung von debere zu erschließen. Im übrigen wird es sich auch kaum vertreten lassen, daß erst die Aufstellung der fiktizischen Formel eine Pflicht des Steuerschuldners zur Pfandlösung begründet habe. Allerdings verschaffte die Formel dem Publikanen die Möglichkeit, auch ohne vorhergehende pignoris capio eine Verurteilung des Abgabepflichtigen zu erzielen, und begründete so eine persönliche, eventuell durch Personalexekution zu vollziehende Haftung. Allein daraus folgt noch nicht, daß vorher den Abgabepflichtigen keine Schuldpflicht getroffen hätte, es sei denn, daß man die durch pignoris capio realisierte (Vermögens ?)Haftung zu diesem Zwecke nicht als ausreichend ansehen will. Das letztere ist aber kaum die Auffassung der Quellen. Zwar will ich mich nicht auf die lex agraria berufen, wo dare debere nur im Sinne einer Schuldpflicht verstanden werden kann, da zur Zeit des Gesetzes die fiktizische Formel wohl schon bestand; wohl aber auf Gaius 4, 28: item lege censoria data est pignoris capio publicanis . . . adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent.

Gegen die Beweisführung des Verfassers erheben sich indessen noch schwerere Bedenken. Man sollte von jemandem, der die Bedeutung von debere (debitum) festzustellen unternimmt, doch erwarten, daß er das ganze verfügbare Material heranzieht. Seine Zusammenstellung wäre nicht so schwierig gewesen, da debeo und seine Ableitungen sowohl im Thesaurus linguae latinae wie im Vocabularium iurisprud. Rom. bereits bearbeitet sind. Ich fühle mich nicht berufen, dies für den Verfasser hier nachzutragen. Allein auf einige Punkte sei doch hingewiesen Vor allem hätte der Verfasser feststellen können, daß debitum bei der Beweisführung

nur mit Vorsicht verwendet werden kann, weil es ein relativ sehr junges Wort ist. Es ist Plautus noch unbekannt (nach Lodge, Lex. Plaut.), taucht erst bei Cicero auf und begegnet auch hier nur ganz selten, insbesondere nicht in den Gerichtsreden (nach Merguet). Unter den Juristen ist es zuerst bei Javolen nachweisbar (an vier Stellen, von denen einige interpolationsverdächtig sind) und wird erst häufiger bei den Juristen der hadrianischen Zeit. Ähnlich liegen die Verhältnisse für debitor, das allerdings schon Labeo gebraucht. Die Untersuchung müßte also jedenfalls vom Verbum ausgehen. Ob aber debere jemals das haftungslose Leistensollen, also die Schuld im germanistischen Sinne, oder gar nur die Berechtigung zur Haftungslösung bedeutet hat, scheint mir sehr zweifelhaft. Schon die Etymologie des Wortes soll vorsichtig machen. Man leitet debere von de - habere ab, „von jemandem etwas haben" (vgl. Walde, Lat. etymol. Wb. 167). Da nun als primäres Objekt zu debere anscheinend pecunia zu denken ist, so liegt der Ursprung des Wortes vielleicht beim Darlehen (vgl. etwa auch Cic. pro Planc. 68: qui debet is retinet aes alienum, ferner Plaut. Trin. 425). Daß die Schuld aus dem Darlehen jemals haftungslos war, ist kaum zu glauben. Beachtenswert ist auch folgendes. Solvere bezeichnet, wie auch der Verfasser annimmt, ursprünglich nicht Schulderfüllung, sondern Haftungslösung. Nun tritt gerade solvere schon in früher Zeit in Verbindung mit debere auf. Vgl. Plaut. Curc. 722: nam inde rem solvo omnibus quibus debeo, ferner Menaechmi 929, Cistell. 189, außerdem debitum solvere bei Cic. ad Quint. fratrem 1, 2, 10, Fest. s. v. pendere, Seneca, de benef. 4, 31, 3; 6, 30, 2 u. a. m. Das alles erweckt — vorbehaltlich natürlich näherer Prüfung — doch eher den Eindruck, daß debere die Schuldpflicht, d. h. das mit Haftung ausgestattete Leistensollen bedeutet. Zu erwägen wäre, ob debere nicht speziell die Schuldpflicht nach prätorischem Recht bezeichnen konnte. Dafür spricht lex Rubr. II 5: dare oportere debereve se confessus erit (ähnlich 31f.), eine Stelle, auf die schon Mitteis, Röm. Privatr. I 59[51] aufmerksam machte. Doch bleibt die Sache unsicher.[1])

II. Der zweite Weg, unserem Problem im römischen Recht näher zu kommen, ist die Untersuchung des Funktionierens des ältesten Obligationsbegriffs. Es taucht vor allem die Frage auf, die auch der Verfasser S. 8f. stellt: gibt es im älteren römischen Recht Schuld ohne Haftung und Haftung ohne Schuld? Angesichts des geschilderten Zustands der Quellen ist hier allerdings besondere Vorsicht vonnöten. Man ist gezwungen, mit Hypothesen zu arbeiten, und es besteht Gefahr, bloße Konstruktion für Wirklichkeit zu halten. Das gilt vielleicht weniger für den Begriff obligatio als für die Schuld, von der wir nicht einmal wissen, ob sie die Römer terminologisch erfaßt haben. So ist für die Beurteilung

---

[1]) Vgl. auch das Edikt de pecunia constituta: qui pecuniam debitam constituit (D. 13, 5, 1, 1) und dazu den Kommentar Ulpians (D. 13, 5, 1, 8): videtur enim debitum et quod iure honorario debetur, ein Zeugnis, das in diesem Zusammenhange doch höher zu werten ist als Mitteis, a. a. O. 59[51] will. Vgl. ferner lex agraria 36: quoi publicano ex hac lege pequnia debebitur, während l. 37 zu lesen ist: sei quid publicanus eius rei causa sibi deberi] darive oportere de[icat ...

der römischen obligatio als Haftung die Tatsache wichtig, daß die Römer einst die Selbstverbürgung gekannt haben. Schwieriger erscheint mir schon folgender vom Verfasser herangezogener Fall. Der Prätor verheißt in seinem Edikt die missio in bona gegen denjenigen, welcher nach Stellung eines Ladungsvindex für den Kläger weder erreichbar ist, noch defendiert wird (D. 42, 4, 2 pr., Lenel, Ed.[2] 71f.). Der Grund dieses Edikts lag, wie Partsch, Sav.-Z. 30, 501 wohl mit Recht vermutet, wahrscheinlich darin, daß ursprünglich die Stellung eines Vindex den Beklagten jeder Folgepflicht enthob, ähnlich wie das Eintreten eines Bürgen den Schuldner dem Zugriffe des Gläubigers entzog. Daraus folgt, daß das Garantieversprechen des Vindex kein akzessorisches war, und in diesem Sinne deckt es sich mit dem Bürgenversprechen in anderen Rechten, die den germanistischen Haftungsbegriff kennen. Allein war damit auch die Vorstellung einer den Gegner treffenden haftungslosen Schuld, sich zu gestellen, gegeben? Ich möchte die Frage nicht ohne weiteres bejahen. Gewiß drängte die Entwicklung auf Anerkennung einer solchen Verpflichtung, die durch das erwähnte Edikt schließlich erzwingbar wurde. Die ursprüngliche Vorstellung war vielleicht eher die, daß durch das Eintreten des Vindex die Beziehungen zwischen Kläger und Beklagtem gelöst sind. Nicht als ob damit der Beklagte aus jeder Rechtsbeziehung ausgeschieden wäre. Vielmehr geht der Rechtszug jetzt vom Kläger an den Vindex, von diesem an den Beklagten, indem nunmehr der Vindex ihn zu gestellen hat. Richtet sich doch das Exhibitionsdekret des Prätors an den Vindex, der durch seine Intervention irgendwelche Macht über den Beklagten erlangt haben muß. Kraft dieser war er gewissermaßen Vollstreckungsorgan des Klägers. Es sind dies Vorstellungen, welche in anderen Rechten den älteren Bürgenbegriff beherrschen. Ich darf vielleicht auf mein babyl.-assyr. Bürgschaftsrecht 75f. verweisen.

Doch will ich nicht länger bei diesen und anderen Fällen, die der Verfasser noch heranzieht, verweilen. Ich komme auf sie noch in anderem Zusammenhange zurück und wende mich dem Hauptargumente des Verfassers zu, der Geschichte der solutio.

Daß solutio ursprünglich Haftungslösung war und erst später zur Erfüllung, d. h. zur Leistung des Schuldinhaltes wurde, ist ein Gedanke, der schon vor Jahren von Perozzi (Obbligazioni 66) ausgesprochen, seither von Kretschmar [Die Erfüllung I (1906)] aufgenommen wurde und neuestens unabhängig vom Verfasser auch von Marchi [Storia e concetto dell' obbligazione Romana (1912)] ausgeführt wird. Man beruft sich hierbei auf die Etymologie des Wortes (solvere = lösen), ferner auf die Formel der solutio per aes et libram (Gai. 3, 174): me eo nomine a te (Gläubiger) solvo liberoque. Den Ausgangspunkt bildet natürlich die Libralzahlung. Ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet bestimmt sich, wie der Verfasser ausführt, nicht nach dem Gesetze des contrarius actus, das gerade für sie nicht stimmt, da die Libralzahlung nicht nur auf das gestum per aes et libram, sondern auch auf die Judikatsobligation Anwendung findet.[1])

[1]) Übrigens führt auch Gaius die solutio per aes et libram nicht auf

Dem ist ohne weiteres beizustimmen. Das Prinzip: prout quidque contractum est, ita et solvi debet (D. 46, 3, 80) ist wohl erst eine Schöpfung der Jurisprudenz, entsprungen vielleicht einem gewissen Bedürfnisse nach Systematisierung, aber kaum ein rechtschöpferischer Gedanke. Die solutio per aes et libram tilgt, weil sie solenne, reale Zahlung ist. Dies zeigt sich klar bei der Judikatsschuld, und es ist daher wahrscheinlich, daß das ursprüngliche Anwendungsgebiet der Libralzahlung ein weiteres war als der Kreis der Geschäfte per aes et libram (vgl. auch Mitteis, Röm. Privatr. I 273f.). Läßt sich nun dieses Anwendungsgebiet, wenngleich hypothetisch, ermitteln? Man wird die Frage bejahen können, wenn es gelingen sollte, den Rechtsgedanken ausfindig zu machen, der die Libralzahlung beherrscht. Der Verfasser glaubt ein solches Prinzip entdeckt zu haben: die Libralzahlung ist ursprünglich der Rückkauf einer Person aus unbedingter Haftung, d. h. einer Haftung, welche dem Gläubiger den unmittelbaren Zugriff auf die Person des Haftenden durch manus iniectio gestattet, im Gegensatz zur bedingten Haftung, bei welcher der Zugriff erst nach gerichtlicher Verurteilung des Schuldners möglich ist. Die solutio per aes et libram habe daher von Anfang an nur ein begrenztes Anwendungsgebiet gehabt: die Fälle der unbedingten Haftung.[1]) Darin steckt m. E. ein richtiger Gedanke, der aber näherer Ausführung bedarf. Wenn ich in sie eintrete, so möchte ich hierbei neben den Darlegungen des Verfassers auch die Darstellung Marchis berücksichtigen, da sie mir in manchen Punkten die Frage mehr zu fördern scheint, als es dem Verfasser gelungen ist.

a) Solvere „lösen" ist der Gegensatz zu obligare „binden". Man wird die ursprüngliche Bedeutung des Wortes möglichst konkret zu fassen haben. Also wohl das Lösen der Fesseln eines Häftlings. Der Urfall wäre etwa das Lösen der Fesseln des Geisels gewesen, der sich in der Gewalt des Gläubigers befand. oder man denke an den gefesselten iudicatus, den der Gläubiger an drei aufeinanderfolgenden Markttagen auf das comitium führt, damit ihn ein Dritter auslöse (Gellius 20, 1, 46f.). Daraus folgt aber, daß solutio ursprünglich Drittlösung, Drittzahlung gewesen sein muß (so auch Marchi 49). Die Erinnerung an diese älteste Funktion der solutio mag nachklingen in dem Terminus nexi liberatio, der ursprünglich wohl konkret als „Befreiung eines Gefesselten" zu verstehen ist, wenngleich der Ausdruck bei Festus s. v. nexum vielleicht schon mit „Befreiung vom nexum" übersetzt werden muß[2]), ebenso in dem von den Juristen fast als Rechtssprichwort gebrachten Satz: solvendo quisque

das Symmetriegesetz zurück. Seine Aufzählung (3, 173) ist nur eine beispielsweise: veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit.

[1]) Damit steht es allerdings in Widerspruch, wenn S. 43 ausgeführt wird, daß ursprünglich die Aufhebung jeder Obligation durch Libralzahlung erfolgte. Doch meint der Verfasser wohl, daß in ältester Zeit jede Haftung eine unbedingte war.

[2]) So Marchi 83[1].

pro alio licet invito et ignorante liberat eum.[1]) Später muß allerdings die nexi liberatio zur Selbstlösung des Schuldners geworden sein. Die Formel der solutio per aes et libram bei Gai. 3, 174 weiß nur mehr von einer solchen. Ich komme auf die Frage noch zurück.

b) Die solutio ist, wie der Verfasser (S. 21[6], 34) mit Recht bemerkt, von Haus aus notwendig Lösung durch Geld. Das beweist die Form der solutio per aes et libram, erscheint aber doch auf den ersten Blick befremdlich. Wenn z. B. der Schuldner sich für die Leistung eines Sklaven durch sponsio verhaftet hatte und vom Gläubiger ergriffen worden war, weil er nicht erfüllt hatte, warum sollte ihn nicht ein Dritter durch Angebot des geschuldeten Sklaven haben lösen können?[2]) Allein diese Erwägung übersieht, daß in primitiver Zeit die Haftung nicht in einem ökonomischen Verhältnis zur Schuld steht. Mit dem Eintritt des Haftungsfalles handelt es sich nicht mehr um Leistung des Geschuldeten, sondern um Befriedigung der Rache des Gläubigers. Auf den deliktischen Charakter der römischen Personalexekution mit all ihrer Maßlosigkeit ist schon oft aufmerksam gemacht worden. Ich glaube, der Römer der alten Zeit hätte es ebensowenig begriffen, daß sein Zugriff auf den Haftenden erledigt sei, wenn ihm nachträglich ein Dritter die geschuldete Sache anbot, als er sich dazu verstanden hätte, auf seine Rache zu verzichten, weil ein Dritter sich anheischig machte, ihm das vom Täter gebrochene Bein wieder einzurichten und zu heilen. Die Durchführung der Haftung dient vielmehr sowohl bei Delikt wie bei Vertrag der Befriedigung der Rache des Gläubigers, die er sich allerdings durch Zahlung eines Lösegeldes abkaufen lassen kann.

Es darf hier vielleicht auf die Ergebnisse der haftungsrechtlichen Forschung in anderen Rechten, insbesondere den griechischen *ἔγγυος εἰς ἔκτισιν* und den babylonischen Bürgen aufmerksam gemacht werden. Dort ist ursprünglich der Bürge im Haftungsfalle mit seiner Persn odem Gläubiger auf Gnade und Ungnade verfallen. An Stelle dieser unbedingten Haftung tritt jedoch später Ablösbarkeit durch Vereinbarung einer Geldsumme schon im Haftungsgeschäft und zwar zunächst als Recht, dann auch als Pflicht des Bürgen. Wenn man sich die Entwicklung im römischen Recht ähnlich vorstellt, so ist das nicht bloß freie Hypothese. Auf sie führt eine noch ziemlich deutliche Spur: die aus der Bürgschaft hervorgegangene sponsio (stipulatio) lautete ursprünglich nur auf Geld[3]), enthielt also das Versprechen einer Lösungssumme für die unbeschränkte

---

[1]) D. 3, 5, 38; 46, 1, 23; 54. Bedenken dagegen bei Mitteis, Sav.-Z. 30, 440. Die Begründung dazu: alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse kann allerdings erst aus einer Zeit stammen, da die solutio schon zur Selbstlösung geworden und in ihr der Gedanke der Schulderfüllung durchgedrungen war. Die widersprechende Äußerung Labeos in D. 46, 3, 91 dürfte jetzt wohl durch die Ausführungen Manentis, Bull. dell' ist. di dir. Rom. 23, 29f. aufgeklärt sein.

[2]) Die Erwägung wird selbstverständlich nicht durch den Einwand getroffen, daß das Urteil, um vollstreckbar zu sein, Geldurteil sein mußte, da sie die Zeiten der Selbsthilfe voraussetzt.

[3]) Vgl. die Belege und Argumente bei Marchi 108[3], 116[2].

leibliche Haftung, die sie begründete. Marchi 108f. hat bereits sehr ansprechend ausgeführt, daß dieses Geldversprechen zunächst als pönales gedacht war und an seine Stelle später in immer größerem Umfange die stipulatio auf quanti ea res est trat. Damit erst verschaffte sich der Ersatzgedanke wenigstens bei der vertraglichen Haftung Eingang, während im Deliktsrecht die Buße Strafcharakter beibehielt.

Diese Entwicklung mußte auch für die nexi liberatio von Bedeutung sein, und zwar in zweifacher Beziehung. Einmal insofern, als der Gläubiger wenigstens bis zum Ablauf der 60 Tage nach manus iniectio und addictio des Schuldners diesen dem Drittlöser um die im Haftungsgeschäfte vereinbarte Lösungssumme herausgeben mußte. Das folgt aus dem Bericht des Gellius 20, 1, 46f.: in comitium producebantur (iudicati), quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur.[1]) Denn das Geldurteil ist, wie gleich ausgeführt werden soll, von Haus aus nichts anderes als die Fixierung einer Lösungssumme durch ein staatliches Organ im Falle als die Parteien nicht schon im Haftungsgeschäfte dafür Sorge getragen hatten. Ferner war die Vereinbarung einer Lösungssumme im Haftungsgeschäfte auch der Punkt, wo die Umbildung der nexi liberatio aus einer Drittlösung in die Selbstlösung des Haftenden einsetzen mußte. War doch ihr Zweck der, dem Haftenden, wenn schon die geschuldete Leistung nicht erbracht werden konnte, noch im letzten Augenblicke Gelegenheit zu geben, durch Zahlung der Lösungssumme den Zugriff des Gläubigers abzuwehren. Freilich hatte dadurch die nexi liberatio auch ihren juristischen Charakter geändert. Als Selbstlösung war sie nicht mehr wie als Drittlösung Aufhebung einer erfolgten Verhaftung, sondern Abwehr einer drohenden Verhaftung. Denn nach erfolgtem Zugriff des Gläubigers kam sie wenigstens ursprünglich wohl kaum mehr in Betracht, schon aus dem praktischen Grunde, weil der Schuldner, der es so weit kommen ließ, offenbar keine Mittel hatte, sich selbst zu lösen, ganz abgesehen von der Erwägung, daß der Zugriff des Gläubigers vielleicht auch die personenrechtliche Stellung des Schuldners änderte, so zwar, daß er zur Selbstlösung gar nicht mehr fähig war.[2]) Allein die Selbstlösung ist doch nur als der Drittlösung nachgebildetes Geschäft zu erfassen. Wenn solvere zunächst konkret vom Lösen der Fesseln zu verstehen ist, so ist der Gedanke der Selbstlösung eigentlich ein Widerspruch in sich und von der Drittlösung nicht weniger differenziert, als sich die Abwendung der drohenden Verhaftung von der Aufhebung der geschehenen Verhaftung unterscheidet.

c) Endlich ermöglicht die skizzierte Entwicklung auch eine befriedigende Erklärung der condemnatio pecuniaria, was sowohl der Verfasser (S. 38f.), wie Marchi 55 bemerkt haben. Ich glaube indessen ihre Argumente in einigen Punkten noch ergänzen zu können. Es ist bekannt, daß das Legisaktionenverfahren, soweit unsere Quellen reichen, nur von einer Vollstreckung von Geldurteilen in Gestalt der Personalexekution

[1]) Vgl. auch die Erzählung von der nexi solutio des Zenturio durch M. Manlius bei Liv. 6, 14.

[2]) Näheres zu dieser Frage unten unter d).

durch manus iniectio weiß. Das ist um so auffälliger, als nach Gai. 4, 49 das Urteil im Legisaktionenprozeß in rem ging, so zwar, daß es bei Ansprüchen, die nicht auf Geld gerichtet waren, erst eines arbitrium litis aestimandae bedurfte, um das Sachurteil in ein Geldurteil umzuwandeln. Ein Sachurteil kennt erst wieder der nachklassische Prozeß, und dazwischen schiebt sich für den Formularprozeß die condemnatio pecuniaria, die dergestalt gegenüber dem Zustande der Legisaktionenzeit eigentlich als Rückschritt erscheint. Es ist aber doch höchst unwahrscheinlich, daß die Entwicklung der Urteilsgestaltung im römischen Prozeß einen solchen Zickzackkurs genommen haben sollte, und in der Tat bestehen diese Widersprüche nur für denjenigen, der in den Legisaktionenprozeß moderne Vorstellungen hineinträgt und das Urteil als Leistungsurteil mit Vollstreckungskraft auffaßt. Ob dies indessen dem alten Rechte entspricht, scheint mir sehr fraglich. Seitdem die Forschungen Wlassaks den römischen Prozeß als Schiedsverfahren nachgewiesen haben, soll man sich darüber im klaren sein, daß Verständnis für seine Entwicklung nur von dem Gesichtspunkte aus zu gewinnen ist, daß der Staat in dieses private Schiedsverfahren sich nur zögernd einmengt und, wo er dies tut, seine Intervention zunächst auf ein Minimum beschränkt. Wie der Staat nicht etwa seine Beamten als Richter in Zivilsachen aufstellt, sondern sie nur anweist, den Parteien bei der Auswahl eines Schiedsmannes behilflich zu sein — daher die Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio[1]) —, so hat er sich der ursprünglichen Verwirklichung des Anspruchs durch Selbsthilfe nur insoweit in den Weg gestellt, als er die Selbsthilfe von der vorherigen Feststellung abhängig macht, daß der Kläger recht habe. In diesem Sinne urteilt der Geschworene cuius sacramentum iustum sit, urteilt er in rem. Sein Spruch ist eben nur Schiedsspruch, er verurteilt nicht zu einer Leistung. Insofern hat Marchi 42f. vollkommen recht. Nur irrt er, wenn er meint, die Sentenz sei damals immediatamente esecutiva gewesen. Der Schiedsspruch des Geschworenen besitzt ursprünglich ebensowenig Exekutivkraft wie später die sententia des arbiter ex compromisso. Wenn der siegreiche Kläger nunmehr zur manus iniectio greift, so tut er dies nicht deshalb, weil sein Anspruch durch die sententia iudicis eine Wirksamkeit erhielt, die er vorher nicht gehabt hatte, sondern er macht einfach die ex delicto oder ex contractu bestehende Haftung durch Selbsthilfe geltend, der sich der Staat weiterhin nicht mehr in den Weg stellt.

Diese Haftung führt ursprünglich zur unablösbaren Schuldknechtschaft, unablösbar in dem Sinne, daß es der Vereinbarung des Gläubigers mit einem Dritten vorbehalten blieb, um welche Lösungssumme der Gläubiger den Schuldknecht freigeben wollte. Der Staat überließ es auch den Parteien, die Haftung insoweit zu mildern, als schon bei der Haftungsbegründung eine Lösungssumme festgesetzt werden konnte. Allein wie er beim Delikt an Stelle der im Sühnevertrag festgesetzten Buße die

---

[1]) Vgl. Leifer, Gewaltgedanke im römischen Staatsrecht 165f., 188f. Derselbe Gedanke übrigens schon bei De Sanctis, Storia dei Romani I 349f.

staatliche Komposition einführte, so hat er in derselben Weise auch in die kontraktliche Haftung eingegriffen. Der Staat bot die Möglichkeit, eine Lösungssumme festzusetzen, auch wenn die Parteien dafür nicht schon im Haftungsgeschäfte gesorgt hatten. An den Schiedsspruch schloß sich nunmehr ein arbitrium litis aestimandae als Schätzungsnachverfahren. Es war vielleicht zunächst nur als Recht des Beklagten gedacht, indem es nur dann stattfand, wenn er es verlangte (per iudicis postulationem).[1]) Auf die Dauer mochte es sich jedoch nicht empfehlen, die Geldschätzung von einem Antrage des Schuldners abhängig zu machen, der vielleicht unter dem Einflusse von Drohungen oder Versprechungen des Gläubigers es unterließ, ihn zu stellen. Dazu kommt, daß sich in der kontraktlichen Haftung allmählich der Ersatzgedanke Bahn bricht. Der Staat mußte die Geldschätzung erzwingen. Hierzu war aber das einfachste Mittel, die manus iniectio nur für Geldansprüche zu gestatten. Wann dies geschehen ist, mag dahingestellt bleiben. In der legis actio kennzeichnet sich das arbitrium litis aestimandae deutlich als Anhängsel zu dem normalen Verfahren. Die organische Verbindung der Geldschätzung, d. h. der Fixierung einer Haftungslösungssumme mit dem Urteil ist erst in der condemnatio des Formularprozesses vollzogen, die von diesem Standpunkte aus betrachtet als wesentlicher Fortschritt über die Verhältnisse der Legisaktionenzeit hinaus erscheint. Das eine kann aber wohl behauptet werden. Seitdem der Staat die Vollstreckung an die Geldschätzung geknüpft hat, hat auch das Urteil seinen Charakter geändert. Es ist nicht mehr bloß Schiedsspruch darüber, wer recht hat, sondern es verschafft jetzt dem Kläger etwas, was er vor dem Urteil nicht hatte, nämlich die Vollstreckbarkeit seines Anspruchs, die Judikatsobligation. Damit war wohl erst die Grundlage gegeben für die Theorie der veteres von der novatio necessaria (Gai. 3, 180).

Die vorstehende Erörterung bliebe unvollständig, wenn wir nicht auch einen Blick auf die dingliche Klage würfen. Der Besitzer mußte hier bekanntlich vor der Einlassung praedes litis et vindiciarum stellen. Man lehrt nun gewöhnlich (vgl. etwa Girard, Manuel[5] 337), daß der siegreiche Kläger, um die Sache herauszubekommen, sich nur an die

---

[1]) Man beachte, daß nach der bei Valerius Probus überlieferten Spruchformel: te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des nur eine Partei den Schätzmann verlangt. Führte diese legis actio zu einer zweiten Litiskontestation? Dagegen spricht, daß es sich nicht mehr um einen Rechtsstreit, sondern um ein einseitig im Interesse des Beklagten eingeführtes Nachverfahren handelte. Auch scheint die Spruchformel eher einen einseitig vom Magistrate ernannten Schätzmann im Auge zu haben, als einen von beiden Parteien gewählten Geschworenen. Wie ferner, wenn der Kläger sich weigerte, den Schätzmann zu wählen? Denkbar wäre allerdings, daß er dazu mittelbar durch Verweigerung der manus iniectio (addictio) gezwungen wurde. Schwierigkeiten bietet auch das iudicem arbitrumve. Hängt vielleicht die Unterscheidung mit dem Zeitpunkte zusammen, da der Beklagte den Schätzmann verlangte, so daß, wenn er das Begehren vor der Streitbefestigung stellte, der Prätor den gewählten Geschworenen (iudex) zugleich zum Schätzmann bestellte, was ja auch das einfachste war, anderenfalls aber einen arbiter ernannte? Ich wage keine Hypothese.

Bürgen halten konnte. Der drohende Zugriff gegen die Bürgen soll den Beklagten in der Regel veranlaßt haben, freiwillig die Sache dem Kläger herauszugeben. Der Verfasser (S. 10) benutzt diese Lehre als willkommene Gelegenheit, um einen schönen Fall von Schuld und Haftung zu konstruieren. Der unterlegene Beklagte soll die Herausgabe der Sache geschuldet, dafür aber nicht gehaftet haben, während umgekehrt die praedes wohl hafteten, aber nicht schuldeten. Die herrschende Lehre unterliegt indessen m. E. schweren Bedenken. Die Forschungen Wlassaks haben herausgestellt, daß die actio in rem, wie schon ihr Name sagt, Sachverfolgung ist. Der Kläger ergreift die Sache (vindicatio) und nimmt sie mit sich, wenn sich der Beklagte nicht einläßt. Nach der herrschenden Ansicht würde sich mit dem Urteil der Charakter der actio in rem vollständig ändern. An Stelle der Sachverfolgung tritt ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe der Sache, der durch Bürgen gesichert wird. Wer die oben entwickelte Auffassung vom Charakter des Urteils im Legisaktionenprozeß billigt, wird sich mit diesem Ergebnis kaum zufriedenstellen, zumal es auch sachlich nicht befriedigt. Der Kläger, der doch die Sache haben will, muß ruhig zusehen, wie sich der iudicatus ihres Besitzes erfreut, er kann sich nur an die Bürgen halten, deren Haftung ihm alles mögliche, aber nur nicht die Sache verschafft — und dies alles deshalb, weil der Geschworene erkannt hat, daß das sacramentum des Klägers iustum sei! Ich halte dieses Resultat für unmöglich und glaube vielmehr, daß durch das Urteil, das bei der actio in rem nicht anders Schiedspruch darüber, wer recht hat, war als bei der persönlichen Klage, sich der Charakter der dinglichen legis actio als Sachverfolgung nicht ändern konnte, mit anderen Worten: der Kläger konnte nach siegreichem Prozeß die Sache ergreifen und an sich nehmen. Das war nicht etwa Vollstreckung des Urteils, sondern genau so Selbsthilfe wie die vindicatio rei vor der Litiskontestation, nur daß ihr jetzt kein Hemmnis mehr im Wege stand, ebensowenig wie der manus iniectio nach dem Urteil bei der legis actio in personam.[1]) Warum der Beklagte vor der Einlassung praedes stellen mußte, dafür gibt Gaius 4, 89 den einleuchtenden Grund an, daß er ja den Besitz behielt, womit, wie wir wohl hinzufügen dürfen, auch die Gefahr gegeben war, daß er die Sache verbrachte, zerstörte oder sonst veränderte. Gegen diese Gefahr will der Kläger, nachdem er die Sache schon einmal in der Hand gehabt hat, sichergestellt sein.[2]) Der Prozeß soll nicht

---

[1]) Auf Grund der persönlichen Haftung ergreift der Kläger den Beklagten bei der Ladung und setzt diese manus iniectio nach dem Urteil fort. Bei der actio in rem ergreift der Kläger die Sache und setzt diese Sachverfolgung nach dem Urteil fort. Personen- und Sachverfolgung ist der Gegensatz zwischen actio in personam und in rem, nicht das Urteil, das in beiden Fällen nur ausspricht, cuius sacramentum iustum sit.

[2]) Ferner kam die Herausgabe der Früchte in Frage. Der Satz der 12 Tafeln (bei Festus s. v. vindiciae): si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . . prae]tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito bezog sich vielleicht zunächst auf ein Verfahren zur Bestimmung einer Lösungssumme für die unbedingte Haftung der praedes. Vgl. in diesem Sinne Partsch, Sav.-Z. 31, 439. Eine gewisse Ähnlichkeit mit der legis actio

seine Situation verschlechtern. Wer diese Erwägungen für berechtigt hält, wird auch zugeben, daß man bei der Annahme einer haftungslosen, auf restituere gerichteten Schuld des Beklagten sehr vorsichtig sein muß. Aus der actio in rem hat der Kläger keinen Anspruch auf restituere, weil jene als Sachverfolgung mit einem dinglichen Anspruch unvereinbar ist. Allerdings hat sich aus der Stellung der praedes später eine Verpflichtung des Beklagten auf restituere entwickelt. Allein ob das ältere Recht hier schon den Gedanken der Schuld erfaßt hat, scheint mir doch sehr fraglich.

Wenn sich in geschichtlicher Zeit keine Spur von dieser nach dem Urteil fortgesetzten Sachverfolgung erhalten hat, die formula petitoria vielmehr nur die Geldkondemnation kennt, so erklärt sich dies wohl daraus, daß die Formel im wesentlichen der cautio pro praede litis et vindiciarum nachgebildet ist, die wiederum (als Selbstbürgschaft, vgl. Mitteis, Festschrift f. Bekker 122) an die praedes der legis actio in rem anknüpft. Anscheinend hat der Sponsionsprozeß die legis actio in rem praktisch stark in den Hintergrund gedrängt. Im Sponsionsverfahren ist aber, wenn ich so sagen darf, der Prozeß auf das Gebiet des Obligationenrechts geschoben. In der cautio pro praede verspricht der Besitzer Schadensersatz, wenn er nach dem Urteil über die Präjudizialsponsion nicht restituiert. Die entsprechenden Glieder im Prozesse auf Grund der formula petitoria sind: pronuntiatio — Restitutionsbefehl — condemnatio. Für dieses Verfahren kann man allerdings sagen, daß die actio in rem den Charakter der Sachverfolgung nur bis zur Streitbefestigung behält. Mit ihr tritt an Stelle des Zugriffs auf die Sache der Anspruch auf Geldersatz, wenn man nicht in der Restitutionsklausel der Formel eine, allerdings ganz abgeblaßte, Erinnerung an die ehemals nach dem Urteil, dem nach der Formel die pronuntiatio secundum actorem entspricht, fortgesetzte Sachverfolgung erblicken will.[1])

d) Wir kehren nach dieser Abschweifung wieder zur nexi liberatio zurück. Sowohl der Verfasser wie Marchi 48f., der letztere mit ausführlicher Begründung, erblicken in der nexi liberatio einen in den Formen der mancipatio sich vollziehenden Rückkauf des Schuldknechtes. Man wird ohne Schwierigkeit annehmen dürfen, daß der Schuldknecht ins mancipium des Gläubigers kam, da er Sklave erst durch die venditio trans Tiberim wurde. Wenn nun ein Dritter den Schuldknecht vom Gläubiger durch mancipatio löste, so mußte jener ins mancipium seines „Befreiers“ gelangen. Damit wäre er aber vom Regen in die Traufe ge-

---

per iudicis postulationem tritt unverkennbar zutage. Das Verfahren findet nur auf Antrag, und zwar nur einer Partei statt (si velit is . . . . der Bürge [?], weil es sich um dessen Recht auf Ablösung der Haftung handelte), die drei Schätzleute werden ferner unmittelbar vom Prätor ernannt, nicht durch Wahl der Parteien bestimmt. Es handelt sich eben um ein Nachverfahren, nicht mehr um Prozeß, der ja bereits entschieden ist.

[1]) Indessen knüpft die Restitutionsklausel der Formel wohl an die entsprechende Klausel der cautio pro praede an, der sie ja nachgebildet ist. Vgl. Lenel, Ed.[2] 499.

kommen. Er hätte nur seinen Herrn gewechselt, und während vorher sein Erwerb dem Gläubiger zufiel, bekam ihn jetzt sein neuer Herr. Diese Schwierigkeit ist Marchi nicht entgangen. Er glaubt sie aber zu lösen durch die Erwägung, daß die Haftungslösung naturgemäß vor allem durch die Sippegenossen des Verknechteten geschehen sei. Ein mancipium eines Sippegenossen über den anderen sei mit der Einheit der gens unverträglich gewesen. Daher sei der gelöste Schuldknecht sui iuris geworden.

Ich will mit Marchi über die Rechtsbeziehungen innerhalb der gens der ältesten Zeit nicht streiten, da wir über sie nichts wissen. Jedenfalls steht seine Annahme in Widerspruch mit den uns bekannten und erschließbaren Grundsätzen des römischen Gewaltrechts. Sie ließe sich vielleicht noch halten für den Fall, daß der Schuldner durch seine eigenen Gewaltunterworfenen ausgelöst wurde. Allein gerade dieser Fall kam praktisch nicht in Betracht. Denn wenn der Vater nichts hatte, um die Schuldknechtschaft abzuwenden, so werden die Söhne um so weniger imstande gewesen sein, sie wieder aufzuheben. Indessen beruht die erwähnte Schwierigkeit doch nur auf der Prämisse, daß die Haftungslösung durch mancipatio erfolgen mußte, und die Richtigkeit eben dieser Prämisse möchte ich bestreiten. Gewiß ist es denkbar, daß der Gläubiger den Schuldknecht im Inlande durch mancipatio veräußerte. Der Käufer wollte in diesem Falle die Arbeitskraft des Schuldners für sich erwerben. Wer ihn aber aus der Haftung löst, will ihn befreien. Damit ist nicht gesagt, daß nunmehr der Schuldner endgültig aller Verpflichtungen ledig war. Man glaube nicht, daß in jener harten und rauhen Zeit Schuldknechte rein aus Menschlichkeit gelöst wurden. Wer dies unternahm, tat es wohl unter dem Vorbehalte zukünftigen Rückgriffs gegen den Schuldner. Aber was zunächst angestrebt wurde, war doch seine Befreiung, die ihm die Möglichkeit bot, seine Arbeitskraft wieder für sich zu verwerten und später, unter günstigeren Verhältnissen, seinen Befreier zu entschädigen. Sollten die Römer den wirtschaftlich auf der Hand liegenden Unterschied zwischen Kauf und Lösung eines Schuldknechts nicht auch juristisch erfaßt haben? Bei genauerem Zusehen scheint es mir nicht an, wenngleich indirekten Gründen zur Bejahung dieser Frage zu fehlen. Man mag sich das nexum im einzelnen wie immer vorstellen, sicher ist, daß es mit der mancipatio zwar nicht identisch, aber doch nahe verwandt war. Das beweisen die Definitionen des Manilius und Q. Mucius bei Varro, de l. l. VII 105, das beweisen vor allem die Worte der 12 Tafeln: cum nexum faciet mancipiumque, die beide Begriffe nebeneinander stellen, sie aber doch unterscheiden. Ganz ähnlich muß das Verhältnis der beiden konträren Geschäfte: Kauf und Lösung eines Schuldknechts zueinander gewesen sein. Sie waren juristisch verwandt, aber doch in irgendwelchen Punkten verschieden, wie sie auch wirtschaftlich verschieden waren. Das wird endlich bestätigt durch die Form der nexi liberatio. Sie deckt sich in einer Reihe von Punkten (Zeugenzahl, libripens) mit der mancipatio. Andererseits fehlt aber in den verba solemnia jede Spur von kaufrechtlichen Elementen. Bei der Zähigkeit, mit der die Römer an den überlieferten Geschäftstypen festhielten, könnte

man eine solche sicher erwarten, wenn die nexi liberatio ursprünglich eine mancipatio gewesen wäre.

Auch für den von uns vermuteten Rückgriff des Lösers gegen den Gelösten fehlt es nicht an einem mittelbaren Beleg. Eisele (Beiträge zur röm. Rechtsgesch. 25f.) hat schon vor Jahren mit guten Gründen vermutet, daß der Rückgriff des zahlenden sponsor gegen den Schuldner auf Grund der actio depensi ein Zahlen mit Erz und Wage voraussetze. Denn wenn dieser Rückgriff durch manus iniectio erfolgte (Gai. 4, 25), „so ist es kaum denkbar, daß diese energische Prozeßform zulässig gewesen sein sollte, wenn nicht der Sponsor seinen Anspruch prima facie liquidieren konnte, und dies war nur dann der Fall, wenn seine Zahlung vor fünf Zeugen und dem Libripens stattgefunden hatte" (Mitteis, Röm. Privatr. I 275). Die Besonderheit des Falles soll nicht verkannt werden. Es handelt sich bei der Zahlung des sponsor nicht um Lösung einer fremden Haftung, sondern um Abwendung der eigenen, beziehungsweise der Haftung des Schuldners, insofern dieser schon selbst haftete. Ferner könnte man sagen, den Rückgriff habe der sponsor nur als Bürge, nicht als Drittzahler und die solutio per aes et libram brauche er nur insoweit, als er sich zum Rückgriffe der manus iniectio bedienen wolle. Die letztere Erwägung trifft indessen kaum zu. Die lex Publilia hat den Rückgriff des sponsor kaum erst eingeführt, auch nicht in seiner verschärften Form.[1]) Wenn aber gerade für die mit Rückgriff ausgestattete Zahlung des sponsor sich die Libralzahlung noch in späte Zeit erhalten hat, so weist das doch auf einen Kausalzusammenhang zwischen beiden hin, zumal der

---

[1]) Das Gegenteil steht zwar bei Gaius 4, 22. Allein das war kaum der Sinn des Gesetzes. Die Rechtsvergleichung lehrt, daß der Rückgriff des Bürgen gegen den Schuldner zum Wesen der älteren Bürgschaft gehört. Man würdigt die Bürgschaft nur unvollkommen, wenn man lehrt: nur der Bürge, nicht der Schuldner haftet. Hinter der Haftung des Bürgen steht auch eine Haftung des Schuldners, allerdings nicht dem Gläubiger, sondern dem Bürgen gegenüber, dessen Zugriff der Schuldner durch die Verbürgung unterworfen wird. Vgl. etwa mein babyl.-assyr. Bürgschaftsrecht 60f. Viel anders wird es auch im älteren römischen Recht nicht gewesen sein. Ich möchte daher vermuten, daß die lex Publilia den Rückgriff des sponsor nicht erst einführte, sondern im Gegenteil milderte, nämlich durch Festsetzung der sechsmonatigen Schutzfrist für den Schuldner. So erklärt es sich auch, warum gerade die manus iniectio auf Grund des Judikats und der actio depensi ausgenommen blieb, als später die lex Vallia die Selbstverteidigung des Schuldners gegenüber der manus iniectio gestattete. Die beiden Fälle der manus iniectio reichten in graue Vorzeit zurück. An ihrer Gestaltung wagte der konservative Sinn der Römer nicht zu rütteln. Gaius oder sein Gewährsmann haben diese primitiven Verhältnisse und das sie voraussetzende alte Gesetz nicht mehr verstanden und so den Rückgriff selbst auf die lex Publilia zurückgeführt. — Der eben erwähnte Gesichtspunkt scheint mir auch für die Beurteilung des vindex von Bedeutung. Festus s. v. bemerkt: vindex ab eo, quod „vindicat", quo minus is, qui praesens est, ab aliquo teneatur. Die Ableitung ist sicher richtig. Allein warum und wen „vindiziert" der vindex? Vielleicht war der ursprüngliche Gedanke der, daß der vindex durch seine Intervention selbst ein Gewaltrecht über seinen Schützling beansprucht (vindicat), ebenso wie der Bürge durch sein Eintreten den Schuldner seiner Gewalt unterwirft. Vgl. das oben S. 352f. zum Ladungsvindex Ausgeführte.

Rückgriff des Lösers in der alten Zeit der Selbsthilfe sich naturgemäß nicht anders vollziehen konnte als durch manus iniectio. Dazu kommen noch allgemeine Erwägungen. Wenn der Rückgriff nicht schon aus der nexi solutio sich ergeben, sondern erst durch besonderes Haftungsgeschäft hätte begründet werden müssen, so hätte man der nexi solutio das wichtigste Motiv zu ihrer Ausbildung als besonderes Lösungsgeschäft neben dem Kauf des Schuldknechts genommen. Aus bloßer Humanität hat man Schuldknechte nicht befreit. Der Löser, mochte dies in der Regel auch ein Sippengenosse gewesen sein, wollte doch Sicherheit haben und hätte diese darin gefunden, daß er den Schuldknecht kaufte und nach Abarbeitung der Lösungssumme manumittierte.

Von unserem Standpunkte aus läßt sich endlich ein besseres Verständnis für die Zeugenform gewinnen. Gewiß hat man die Zeugen zunächst der Beweissicherung halber zugezogen, die ja um so notwendiger war, als es galt, den Schuldner vor einem neuerlichen Zugriff des Gläubigers zu schützen. Allein damit wäre die bestimmte Zahl der Zeugen noch nicht vollständig aufgeklärt. Die Erwägungen Schlossmanns, Altröm. Schuldr. 94f., denen sich Mitteis, Röm. Privatr. I 258[6] anschließt, daß das alte Recht „einer formalen Beweistheorie huldigt, die Zeugenzuziehung nicht bloß aus Opportunitätsgründen, sondern aus rechtlicher Notwendigkeit erfolgt", scheinen mir nicht durchschlagend. Anders, wenn die nexi liberatio nicht bloß eine bestehende Haftung aufhob, sondern auch Haftungswirkungen auslöste. Das Haftungsgeschäft ist, wie die Rechtsvergleichung lehrt[1]), immer und notwendig ein Formalgeschäft. Man wird auch den Manzipationszeugen m. E. nicht ganz gerecht, wenn man sie nur als solennisierte Beweiszeugen betrachtet. Wenngleich Bargeschäft, hat der Kauf doch in dem Währschaftsanspruch des Käufers auch obligatorische Wirkungen. Der nicht formgerechte Kauf, insbesondere der Kauf ohne die Mindestzahl von fünf Zeugen, erzeugt keine Gewährschaftshaftung des Verkäufers.[2])

e) Wenngleich die solutio per aes et libram ausschließlich von dem Gedanken der Haftungslösung beherrscht ist, so kann man doch die Frage aufwerfen, ob dem alten Recht nicht auch schon der Gedanke der Erfüllung, d. h. der Verwirklichung des Schuldinhaltes, bekannt gewesen sei. Die Frage muß m. E. unbedingt bejaht werden. Man stelle sich vor, daß ein Sklave versprochen war unter Festsetzung einer Lösungssumme in der sponsio (stipulatio). Kein Zweifel, daß der Schuldner befreit wurde, wenn er den Sklaven leistete. Freilich, solutio im Sinne des alten Rechts war der Vorgang nicht. Denn es handelte sich nicht um Lösung einer erfolgten Verhaftung, sondern um Abwendung drohender Verhaftung. Eine Spur dieser ursprünglichen Auffassung hat sich in dem vom Verfasser (S. 14, 30f., 115) festgestellten Sprachgebrauch der klassischen Quellen

---

[1]) Vgl. für das deutsche Recht etwa v. Gierke, Schuld und Haftung 374ff.

[2]) Rechtsvergleichendes Material zu dieser Frage in meiner demnächst erscheinenden Arbeit „Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis" 76f., 87f.

erhalten, wonach die Rückgabe einer deponierten, geliehenen, verpfändeten Sache niemals als solutio bezeichnet wird. Er ist mit dem Verfasser wahrscheinlich daraus zu erklären, daß die Haftung des Verwahrers usw. von Haus aus eine deliktische war, die Rückgabe der verwahrten Sache also keine Haftung auflöste, sondern die Entstehung einer solchen vermied.[1])

Wie aber, wenn die Schuld eine Geldschuld war? Zahlte hier der Schuldner, so war dies Schulderfüllung und als solche Abwendung der Haftung, keine Haftungslösung und daher auch keine solutio, ebensowenig wie die Rückstellung der anvertrauten Sache durch den Verwahrer. Solange es kein gemünztes Geld gab, konnte die Zahlung natürlich nur mit Erz und Wage geschehen, der Schuldner mochte ferner zur Beweissicherung Zeugen zuziehen. Nichtsdestoweniger war der Akt keine solutio per aes et libram und daher auch kein formbedürftiges Geschäft, ebensowenig wie die Leistung der geschuldeten Sache es war. Andererseits ließ sich aber nicht verkennen, daß der Vorgang mit der Haftungslösung per aes et libram große Ähnlichkeit hatte, insbesondere seitdem diese auch als Selbstlösung anerkannt war. Hier mochte sich denn auch das Tor öffnen, durch welches die formlose solutio in das Gebiet der formellen Haftungslösung eindrang, um diese schließlich zu beseitigen. Denn allmählich mußte dem Rechtsleben das Gefühl für den Unterschied verschwinden, der zwischen der Leistung der geschuldeten Geldsumme und der Zahlung einer Lösungssumme bestand, zumal die Selbstlösung des Schuldners, seitdem sie bestand, ebenfalls die Abwendung zukünftiger Verhaftung bezweckte.[2])

Ich weiß, daß die eben skizzierte Entwicklung vielen als Phantasiegebilde erscheinen wird, zumal sie eine formlose Geldzahlung bereits für die alte Zeit voraussetzt, was allen unseren Vorstellungen, die wir uns bisher über die Entwicklung der solutio machten, widerstreitet. Indessen dürfte gerade die formlose Geldzahlung auch schon für das älteste Recht keine solche Utopie sein, als man zuerst glauben möchte. Exakt beweisen

[1]) Wie vorsichtig man indessen mit solchen Schlußfolgerungen sein muß, zeigt die gleichfalls vom Verfasser festgestellte Tatsache, daß auch die Leistung des Verkäufers niemals solutio genannt wird. Der Verfasser schließt daraus ohne weiteres, daß die Verpflichtung des Verkäufers ursprünglich deliktischen Charakter gehabt habe. Dies stünde indessen nicht nur mit den Ergebnissen der Rechtsvergleichung in Widerspruch, sondern würde auch zu dem Unding eines alten deliktisch gefärbten Konsensualkaufs führen. Will man nach einer Erklärung für den Sprachgebrauch suchen, so bietet sie wohl zunächst das alte Barkaufssystem, wonach die Leistung des Verkäufers eben Abschluß des Kaufs war und daher weder Erfüllung, noch solutio sein konnte. Freilich wird andererseits, wie der Verfasser (S. 32 N. 2) bemerkt, die Leistung des Käufers oft als solutio bezeichnet. Das mag dadurch veranlaßt gewesen sein, daß solutio als Haftungslösung notwendig Geldzahlung war und so auf die Preiszahlung des Käufers übertragen werden konnte. Doch kann die Frage hier nicht näher untersucht werden und muß daher offen bleiben.

[2]) Ich darf mich hier wohl auf die Ausführungen Marchis 133f. beziehen, der zwar nicht für die Aufhebung, wohl aber für die Entstehung der Obligation ähnliche Gedankengänge entwickelt, die sich wiederum vielfach mit dem in meinem babyl.-assyr Bürgschaftsrecht 143f. Dargelegten berühren.

lassen sich solche Dinge natürlich nicht. Immerhin möchte ich auf zwei Argumente aufmerksam machen, die einen gewissen Wahrscheinlichkeitsschluß gestatten.

α) D. 42, 1, 7 (Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de re iudicata): intra dies triginta [D.: constitutos[1])], quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia triginta [D.: constitutorum[1])] dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.

Huschke und seither Eisele, Sav.-Z. 30, 137f., Studien zur röm. Rechtsgeschichte 47f. haben vermutet, daß multis tamen modis interpoliert sei für per aes et libram tamen.[2]) In der Tat ist die Entscheidung der Juristen in der überlieferten Fassung unscharf[3]) und multis modis, beziehungsweise ähnliche Wendungen bei Justinian sehr beliebt.[4]) Demnach hat Gaius von früher vorhandenen Bedenken berichtet, ob man eine Judikatsschuld während des tempus iudicati durch solutio per aes et libram erlassen könne, Bedenken, die sich darauf gründen, daß während dieser Zeit der Gläubiger noch keine actio iudicati habe. Das heißt, in die Sprache des älteren Rechts übersetzt: während des tempus iudicati ist eine nexi liberatio unzulässig, weil der Gläubiger noch nicht zur manus iniectio greifen kann. Wie ist dieser merkwürdige Rechtssatz zu deuten? Für die Zeit, da die nexi liberatio noch Drittlösung war, ist er selbstverständlich, da während der Judikatsfrist der Schuldner sich noch nicht in der Gewalt des Gläubigers befand. Das muß noch nachgewirkt haben, als später die nexi solutio zur Selbstlösung wurde. Auch diese ist während des tempus iudicati unanwendbar, weil noch keine imminente Haftung vorhanden ist, die Gegenstand der Ablösung wäre. Nun sind aber sicher auch schon im 12 Tafelgesetz die triginta dies pro iudicato. Sie sind nicht eingeführt, damit der Schuldner noch einen Monat spazieren gehe, sondern damit er Geldmittel aufbringe, zahle und so die manus iniectio abwende.[5]) Aber eben darum ist die Zahlung der Judikatsschuld während der 30 Tage keine Haftungslösung, keine nexi liberatio und konnte daher auch nicht

---

[1]) Über die Interpolation vgl. Gradenwitz, Sav.-Z. 7, 53.

[2]) Zustimmend auch der Verfasser S. 22 N. 4.

[3]) Gegen Lenels, Paling. zu Gai. 52 N. 8 auf D. 42, 1, 4, 7 gegründete Bedenken vgl. Eisele l. c.

[4]) Ich greife aus den bei Longo, Vocabulario (Bull. 10) s. v. gesammelten Stellen aufs Geratewohl folgende Wendungen heraus: omnibus modis: C. 1, 2, 21 pr.; 1, 4, 27, 3; 4, 30, 4, 12 u. a. m., certis modis: C. 10, 32, 67 pr., solitis modis: C. 3, 33, 14, 1, legitimis modis: C. 6, 33, 3, 1; 11, 48, 22 pr., quibusdam modis: C. 3, 33, 16 pr. usf. Vgl. auch das interpolierte ex praefatis modis in D. 20, 4, 12, 1. Im übrigen dürfte auch noch hodie auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen sein. Albertarios, Hodie 5f. Kriterium, daß hodie in der Bedeutung „heutzutage" überall dort echt sei, wo der Jurist von einer Neuerung unter Berufung auf die Rechtsquelle spreche, trifft für D. 42, 1, 7 nicht zu. Denn Gaius berichtet nicht von einer Neuerung, sondern entscheidet eine Kontroverse, indem er eine Bestimmung der 12 Tafeln interpretiert. Dies gegen Albertario 9, der hodie in unserem Fragment für echt hält. Beselers, Beiträge II 104, Rekonstruktion der Stelle nähert sich allerdings schon einer freien Umdichtung.

[5]) A. A. Wenger, Actio iudicati 242f.

deren Formen unterliegen. Sie mußte zwar, solange es noch kein Münzgeld gab, mit Erz und Wage erfolgen, der Schuldner konnte zur Beweissicherung Zeugen zuziehen, aber es mußten nicht gerade fünf Zeugen sein, es bedurfte keines libripens, keiner verba solennia.[1]) Mit anderen Worten, die Zahlung mußte formlos gewesen sein.

β) Bekanntlich hebt der formlose Vergleich (pactum) ipso iure die actio furti und iniuriarum auf (D. 2, 14, 17, 1). Der Satz ist sicher uralt, nicht zuletzt deshalb, weil er zu dem späteren Recht der pacta im schärfsten Gegensatze steht, aber dafür um so merkwürdiger. Das pactum ist hier der Sühnevertrag, der die Privatrache aufhebt und wieder den Frieden (pax — pactum) zwischen den Beteiligten herstellt.[2]) Wie kann aber in einer Zeit, die vom Rechtsformalismus beherrscht ist, der formlose Vertrag so weitgehende Wirkungen haben? Dazu kommt noch folgendes. Man hat in jenen rauhen Zeiten nicht nach christlichen Grundsätzen gratis auf die Rache verzichtet, sondern dafür ein Entgelt in Gestalt der Komposition verlangt. Wenn nun in dem Sühnevertrag auch die Buße festgesetzt wurde, sollte der formlose Vertrag eine Verpflichtung (Haftung) zur Zahlung der Buße erzeugt haben? Das scheint mir undenkbar. Indessen lösen sich diese Schwierigkeiten sehr einfach, wenn man annimmt, daß der Sühnevertrag Bargeschäft war, daß also beim Vertragsschlusse zugleich auch die Buße bezahlt wurde. Das letztere aber läßt sich quellenmäßig beweisen.

Der technische Ausdruck des alten Rechts für die Leistung der Komposition ist damnum decidere. Das ergibt die Formel der actio furti mit ihrem pro fure damnum decidere „als Dieb [vgl. Pernice, Sav.-Z. 9, 236 [2]] Buße zahlen“[3]), das wiederum auf eine Bestimmung der 12 Tafeln zurückgeht (Lenel, Ed. [2] 318). Decidere heißt aber andererseits auch „einen Vergleich schließen“, und zwar gerade den Vergleich über eine Deliktsklage, also das pactum im Sinne von D. 2, 14, 17, 1.[4]) Wie kommt decidere zu dieser Doppelbedeutung? Daß die eine Bedeutung die ältere war und die andere sich aus ihr entwickelt hat, dürfte sich kaum nachweisen lassen. Hingegen klärt sich alles, wenn beide Bedeutungen gleich alt waren, weil die Leistung der Buße beim Vergleiche erfolgte. Der Sühnevertrag war Bargeschäft, er bestand in der Zahlung der Buße. Wenn aber nach dem Zeugnis der Quellen der formlose Vergleich die Deliktsklage ipso iure aufhebt, so folgt daraus, daß die Bußzahlung, die ehemals einen wesentlichen Bestandteil dieses Vergleichs bildete, ebenfalls formlos war. Denn man würde es zwar verstehen, daß die Form

---

[1]) Wer die Ausführungen des Textes billigt, gewinnt ein weiteres Argument dafür, daß die bestimmte Zeugenzahl bei der nexi liberatio nicht bloß dem Beweise der Zahlung dienen konnte. Denn Beweiszeugen konnten auch der formlosen solutio zugezogen werden.

[2]) Vgl. Rabel, Grundzüge des röm. Privatr. 458.

[3]) Vgl. Gai. 4, 37; 45, ferner D. 13, 1, 7 pr.; 4, 4, 9, 21 u. a. m.

[4]) Vgl. transactione decidere: D. 5, 2, 29, 2; transigere atque decidere: Cic. pro Sex. Rosc. 114; decidere = Vergleich über die actio furti D. 47, 2, 42, 1; 47, 6, 5; über die aquilische Klage: Cic. pro Rosc. com. 32; 36; Paul. Sent. 1, 19, 2 (hier sogar pacto decidere).

der Vergleichszahlung sich auf den residuären Vergleich übertrug, ähnlich wie sich die solutio per aes et libram als formeller Schulderlaß erhalten hat, nicht aber, daß aus einem formellen Zahlungsgeschäfte sich das formlose pactum abspaltete.

Wenn dergestalt die Bußzahlung als formlose sich scharf von der nexi solutio abhob[1]), so fehlte es dafür auch nicht an einem inneren Grund. Es handelte sich bei ihr nicht um Befreiung aus einer Haftung — der Täter befand sich noch nicht in der Gewalt des Verletzten, beziehungsweise seiner Angehörigen —, sondern um Abwendung zukünftiger Verhaftung.[2]) Eine nexi solutio kam erst in Frage, wenn der Verletzte oder seine Sippegenossen den Täter im Zuge der Privatrache ergriffen hatten, war aber, sobald einmal die Privatrache sich ungehemmt entfalten konnte, wohl selten praktisch. An dem formlosen Charakter der Bußzahlung hat sich kaum etwas geändert, als die Buße vom Staate obligatorisch gemacht worden war. Denn seither war die Buße Schuld geworden, an deren Nichterfüllung sich erst die Haftung knüpfte, die Bußzahlung war also Schulderfüllung und in dieser Eigenschaft, wie wir oben (S. 363) dargelegt haben, formlos. Ein Bedenken soll allerdings nicht verschwiegen werden. Wir haben oben S. 355 die Entwicklung der nexi solutio zur Selbstlösung des Schuldners angeknüpft an die im Haftungsgeschäfte vereinbarte Lösungssumme, durch deren Zahlung der Schuldner noch im letzten Augenblicke die Verhaftung abwenden konnte. Nun ist gerade die Zahlung der im Sühnevertrag festgestellten Buße ebenfalls Abwendung imminenter Haf-

---

[1]) Ich komme also zu einem wesentlich anderen Ergebnis als Marchi 60f., der für die Bußzahlung die nexi solutio ohne weiteres für anwendbar hält. Die Frage war schon von Mitteis, Röm. Privatr. 274[36] aufgeworfen worden, der die Libralzahlung hier an sich für möglich hält, ihr aber angesichts des Umstandes, daß sie certa pecunia voraussetzt, nur ein beschränktes Anwendungsgebiet zuschreibt.

[2]) Der Gedanke tritt scharf hervor in der Bestimmung der 12 Tafeln: si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto, d. h. Privatrache (Talion) tritt ein, wenn sie nicht durch Sühnevertrag abgewendet wird. Von diesem Gesichtspunkte fällt auch neues Licht auf das duplione damnum decidere der 12 Tafeln. Wenn das Gesetz für die im arbitrium litis aestimandae festgestellte zweifache Ersatzleistung für verlorene Früchte der Sache den Ausdruck der Bußzahlung gebraucht, so ist es wohl von der Vorstellung beherrscht, daß dadurch (durch den Bürgen?) die strengere leibliche Haftung abgelöst wird, ähnlich wie der Täter die Privatrache durch Bußzahlung von sich abwendet. Es wäre auch zu erwägen, ob sich auf Grund dieser Entwicklungsreihe nicht auch eine Etymologie von condemnare gewinnen ließe. Condemnare, damnare sind die dem Substantiv damnum entsprechenden Verba, damnatio der technische Ausdruck für das Erkenntnis des Schätzungsrichters. Vgl. Wlassak, Sav.-Z. 25, 175f. Dieses aber war, wenn wir oben S. 355f. die Entwicklung der condemnatio pecuniaria richtig gezeichnet haben sollten, ursprünglich nichts anderes als die Festsetzung einer Lösungssumme, durch die sich der Verurteilte von der leiblichen Haftung lösen konnte. Dazu würde stimmen, daß die 12 Tafeln damnum zur Bezeichnung der Buße verwenden, durch deren Leistung die leibliche Haftung, die Privatrache abgewendet wird. Es ergäbe sich dergestalt für alle in alte Zeit zurückreichenden Anwendungen von damnum und seinen Ableitungen ein einheitlicher Grundgedanke. Doch bedarf die Frage näherer Untersuchung.

tung. Wenn diese Zahlung formlos war, wie konnte sich die Vorstellung entwickeln, daß die Zahlung der im Haftungsgeschäfte vereinbarten Lösungssumme, die ja auch nichts anderes war als Abwehr imminenter Haftung, der Form der nexi solutio bedürfe! Unüberwindlich ist indessen diese Schwierigkeit nicht. Man muß erwägen, daß die Selbstlösung ein jüngeres Gebilde ist und zur Zeit, da sie entstand, wohl überall bereits staatliche Bußen bestanden, die Bußzahlung ihre haftungsabwehrende Wirkung nur mehr als Schulderfüllung hatte. Die Zahlung der Lösungssumme durch den Haftenden war zwar auch Haftungsabwehr, im übrigen aber nicht Schulderfüllung, sondern Ersatzleistung für die mangelnde Erfüllung. Das war aber immerhin ein nicht im Verborgenen liegender Unterschied, der die verschiedene Behandlung rechtfertigen mochte. Immerhin mußte diese Unterscheidung bei der Geldschuld verblassen. Hier lag, wie wir oben S. 363 vermuteten, der Ausgangspunkt zur Entwicklung der formlosen solutio, und insofern die Bußschuld wohl der praktisch wichtigste Fall der Geldschuld war, mochte sie für die Ausbildung der formlosen solutio von besonderer Bedeutung gewesen sein.

Ich verkenne nicht, daß diese Darlegungen über die Geschichte der nexi solutio, die übrigens manches nur andeuten konnten und vieles unerledigt lassen mußten, stark hypothetischen Charakter tragen. Allein man verkenne nicht, daß man an das ältere römische Recht ohne Hypothese überhaupt nicht heran kann. Die Quellenüberlieferung bietet für das ältere römische Recht nur Trümmer, halb zerstörte und niedergelegte Wegweiser, die in das Straßensystem des neueren Rechts nicht mehr hineinpassen. Aufgabe der Wissenschaft ist es, diese Wegweiser wieder aufzurichten und so zurechtzustellen, daß sie ein halbwegs geordnetes Straßensystem ergeben. Das ist ohne Hypothese und daher auch ohne Irrtümer nicht möglich.

III. Ich habe den ersten Teil der Arbeit ausführlich besprochen, weil ich das darin behandelte Problem von Schuld und Haftung im römischen Recht für ein rechtsgeschichtlich ungemein wichtiges halte und weil ich es an einigen Punkten fördern zu können glaubte durch den Hinweis auf die Möglichkeit vertiefter und exakterer Fragestellung. Den zweiten Teil, der sich mit der Geschichte der datio in solutum beschäftigt, glaube ich dafür um so kürzer erledigen zu können, einerseits um das Referat nicht noch mehr anschwellen zu lassen, andererseits aber namentlich deshalb, weil die hier behandelte Frage hinter dem Schuld- und Haftungsproblem an Bedeutung weit zurücksteht.

Die datio in solutum ist dem Verfasser (S. 45f.) ebenso Haftungslösung wie die solutio. Das kann durch die allgemeine Erwägung gestützt werden, daß sie ebenso wie die solutio nur Leistung eines Surrogats ist. Weniger überzeugend halte ich die Berufung auf die Definitionen der solutio in den Ediktskommentaren (Paul.: D. 46, 3, 54; 50, 16, 47; Ulpian.: D. 42, 1, 4, 7), die jede Schuldbefreiung, also auch die datio in solutum umfassen. Denn es handelt sich hier doch um Erläuterung einzelner Ediktsbestimmungen durch spätere Juristen, die über die ursprüngliche Auffassung der datio in solutum wohl kaum etwas ergeben. Als Haftungs-

lösung mußte die datio in solutum ipso iure die Obligation tilgen. Die bekannte Kontroverse zwischen Sabinianern und Prokuleianern (Gai. 3, 168), ob die datio in solutum ipso iure oder ope exceptionis wirke, konnte vielmehr erst entstehen, als in der solutio der Gedanke der Haftungslösung durch den der Schulderfüllung überdeckt worden war und so die datio in solutum als Surrogatleistung von der solutio im Sinne der Schulderfüllung sich abhob.

Aus den weiteren Ausführungen, die ziemlich breit und in einer an die frühere gemeinrechtliche Behandlung solcher Fragen erinnernden Art Begriff, Voraussetzungen, Anfechtung und Wirkungen der datio in solutum erörtern, greife ich nur eine Frage heraus — die Eviktion des an Erfüllungs Statt Gegebenen —, weil der Verfasser hier m. E. unsere rechtsgeschichtlichen Kenntnisse fördert. Die Antinomie zwischen D. 46, 3, 46 pr., wonach Marzian die Forderung als nicht getilgt betrachtet (manet pristina obligatio), und C. 8, 44, 4, wo Caracalla den Gläubiger auf eine actio empti utilis verweist, eine Entscheidung, der sich BGB. § 365 angeschlossen hat, ist bekannt. Dem Verfasser ist es nun m. E. gelungen, in hohem Grade wahrscheinlich zu machen, daß C. 8, 44, 4 sowie eine Reihe anderer Stellen (D. 13, 7, 24 pr.; 41, 3, 4, 17; 42, 4, 15; 44, 4, 4, 31), die die datio in solutum mit Kauf oder Tausch vergleichen, interpoliert sind. Schwierigkeiten macht allerdings C. 7, 45, 8 (Diokletian), wozu die Bemerkungen Rabels, Sav.-Z. 28, 314 zu beachten gewesen wären. Die Ausführungen des Verfassers (S. 148f.), daß die Entscheidungen der Kaiser: (nach Eviktion des in solutum Gegebenen) ob debitum reddendum repetere non prohiberis auf die Klage aus der ursprünglichen Forderung zu beziehen seien und nicht, wie man seit Brinz annimmt, auf eine condictio auf Wiederherstellung der erloschenen Forderung, sind kaum überzeugend. Den Grund der Vergleichung der datio in solutum mit dem Kauf erblickt der Verfasser in der geänderten Auffassung der Byzantiner bezüglich des Begriffes contractus. Für sie sei contractus jeder Vertrag gewesen, während die Klassiker — wie im Anschlusse an Perozzi ausgeführt wird —, darunter jede Handlung verstehen, die, abgesehen von den Delikten, Entstehungsgrund einer durch zivile oder prätorische (?) Klage geschützten Obligation sei. Von diesem Standpunkte aus konnten sie unmöglich die datio in solutum, die doch Erlöschung der obligatio herbeiführe, als contractus auffassen und daher auch nicht mit Kauf oder Tausch in Vergleich stellen. Schade, daß der Verfasser nicht auch die griechischen Rechtsquellen und Papyrusurkunden berücksichtigt hat. Rabel, Sav.-Z. 28, 312f. hat schon vor einigen Jahren aufmerksam gemacht, daß nach griechisch-hellenistischer Auffassung datio in solutum und Kauf ineinander übergehen können. Das Material hat sich seither erheblich vermehrt. Vergleiche neuestens die Zusammenstellungen bei P. Meyer, Griechische Texte aus Ägypten 46f. Vielleicht hätte die genaue Untersuchung dieser Quellen ergeben, daß die Kompilatoren die Annäherung der datio in solutum an den Kauf unter dem Einflusse griechischer Rechtsgedanken vornahmen.

Leipzig. Paul Koschaker.

Schulz, Fritz, ordentlicher Professor an der Universität Kiel (jetzt Göttingen), Einführung in das Studium der Digesten. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1916. 8 und 136 S.

Eine moderne, d. h. die neuesten Ergebnisse der Handschriften- und gleichzeitig der Interpolationenforschung übersichtlich zusammenfassende Darstellung dessen, was heutzutage jeder mitbringen muß, der mit den Digesten wissenschaftlich arbeiten will, war schon längst ein Bedürfnis; die gangbaren Lehr- und Handbücher der Quellenkunde erweisen sich bei ihrer kompendiösen Anlage in diesem Punkte als unzulänglich. Es galt vor allem, die Ergebnisse, welche Mommsen in der Praefatio zu seiner großen Digestenausgabe und, teilweise richtigstellend, Kantorowicz in seiner bekannten Abhandlung über die Entstehung der Digestenvulgata (im 30. Bd. d. Zeitschr.) sowie andere Gelehrte gewonnen haben, mit selbständigem Urteil zusammenzufassen und die hauptsächlichsten Regeln, welche sich danach sowie nach den Erfahrungen der Interpolationenforschung für die Ermittlung des klassischen Textes wie für die Unterscheidung zwischen Interpolationen und bloßen Fehlern der Überlieferung des justinianischen Textes ergeben, scharf zu formulieren, auch den Anfänger durch passend gewählte und überzeugende Beispiele in der Handhabung dieser Regeln zu schulen. Zur Lösung dieser Aufgabe war Schulz durch seine vielfachen Arbeiten auf dem Gebiete der Quellenkritik vorzugsweise berufen, und was er bietet, entspricht im vollen Maße allen zu stellenden Anforderungen. Selbst der Fachmann wird den von ihm gegebenen Überblick über den heutigen Stand unseres Wissens mit Vergnügen lesen und dabei stets die angenehme Empfindung haben, daß der Autor überall aus eigenem Wissen und selbständiger Erfahrung schöpft. Diese Beherrschung des Stoffes macht sich schon im ersten Teil der Schrift bei der Entwicklung der „Prinzipien der Digestenkritik" in der sehr glücklichen Auswahl treffender Belege für die aufgestellten Regeln bemerkbar; noch erfreulicher ist es, im zweiten Teil unter dem Titel „Ausgewählte Digestenprobleme" vom Vf. noch eine Anzahl neuentdeckter Interpolationen vorgelegt zu finden. Die Arbeit von Schulz bietet also nicht bloß was der Titel verspricht, sondern mehr; jeder Lehrer der römischen Rechtsgeschichte sollte sie seinen Hörern zum Studium angelegentlich empfehlen.

Leipzig. **Mitteis.**

Pringsheim, Dr. Fritz, Gerichtsassessor (jetzt Privatdozent an der Universität in Freiburg i/B.), Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht. Heft 1 der Romanistischen Beiträge zur Rechtsgeschichte,

unter Mitwirkung von E. I. Bekker, O. Gradenwitz, P. Jörs, P. Koschaker, O. Lenel, E. Seckel, H. Siber, L. Wenger, M. Wlassak herausg. von L. Mitteis, J. Partsch, E. Rabel. VIII und 180 S. Leipzig, Verlag von Veit & Comp. 1916.

Wenn ich unter Überwindung einigen Widerstrebens und durch die Zeitverhältnisse, d. h. den Heeresdienst zahlreicher jüngerer Fachgenossen gezwungen, mich entschlossen habe, diese Schrift und damit indirekt auch eine von mir selbst im Verein mit J. Partsch und E. Rabel neubegründete Sammlung von Beiträgen zur römischen und sonstigen antiken Rechtsgeschichte anzuzeigen, so ist es hauptsächlich deswegen geschehen, weil die Verzögerung der Anzeige gerade bei dieser Arbeit einen nicht zu entschuldigenden Defekt des heurigen Bandes bilden würde. Denn der Verf. behandelt ein Thema, das nach vielen Seiten hin wichtig ist und stellt in wohlerwogener und gediegen aufgebauter Darstellung eine Behauptung auf, die von großer Tragweite ist und jeden Bearbeiter der römischen Quellen in höchstem Maße interessieren muß; nämlich die, daß der altbekannte, in den Justinianischen Institutionen 2, 1, 41 niedergelegte und dabei auf die Zwölftafeln zurückgeführte Rechtssatz, wonach das Eigentum an gekauften Sachen bis zur Entrichtung des Kaufpreises (oder Stundung) beim Verkäufer verbleibt, nicht zum Bestand des klassischen Rechts (und der Zwölftafeln) gehört hat, sondern auf Interpolation aus der byzantinischen Zeit beruht. Zwar ist die Ausführung dieser Behauptung nicht die einzige Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt hat; sein Ausgangspunkt liegt weiter zurück, im griechischen Recht. Für dieses behauptet er eine Rechtsanschauung, wonach beim Kauf derjenige, mit dessen Geld der Kaufpreis gezahlt wurde, Eigentümer des gekauften Gegenstandes werde. Darin liege der Surrogationsgedanke „res succedit in locum pretii“, und dieser Surrogationsgedanke, im griechischen Osten immer fortlebend trotz beständiger Bekämpfung durch die römische Judikatur, sei es, der in byzantinischer Zeit einerseits zu den verschiedenen Anwendungen der rei vindicatio utilis, anderseits zu der Statuierung des in J. 2, 1, 41 allerdings nur interpolationsweise festgelegten Rechtssatzes geführt habe.

Den Nachweis des behaupteten Prinzips für das griechische und hellenistische Recht sucht Verf. zunächst durch Betrachtung der demosthenischen Reden zu erbringen, in welchen Fälle von Seedarlehen in Frage stehen. Hier, meint er, sei die vom Schiffer im Ausland angekaufte Ware dem Darlehnsgeber stets schon deswegen dinglich haftbar geworden, weil sie mit seinem Geld angekauft war. Zur Unterstützung zieht er noch zwei Rechtsfälle aus den plautinischen Komödien heran. Die Zeugnisse des Demosthenes ergeben nun allerdings kein absolut klares Resultat, weil die hier angeführten Tatbestände, besonders auch die sogen. Lakritos-Urkunde, verschiedener Ausdeutung fähig sind und man nicht recht weiß, ob die Haftung der Ware als auf dem Ankauf

mit dem geliehenen Geld beruhend gedacht ist oder auf antizipierter Verpfändung. Ist demnach hier Raum zu Zweifeln möglich, so fällt, scheint mir, um so mehr Gewicht auf die allerdings schon bekannte Tatsache, daß nach dem Theophrast-Fragment über den Kauf, sowie nach den ägyptischen Papyri die Zahlung des Kaufpreises allerdings für den Eigentumserwerb des griechischen Käufers eine ganz ausschlaggebende Bedeutung hat. Ebenso werden die vom Verf. vorgeführten, sehr zahlreichen Kaiserreskripte — meist der östlichen Reichshälfte angehörig — nicht verfehlen, Eindruck zu machen, aus deren Species facti immer wieder die Rechtsanschauung der Parteien hervorleuchtet: wer das Geld gegeben hat, ist Eigentümer der Ware geworden. Ist hiermit das richtige Milieu geschaffen, um diese Auffassung für eine allgemein hellenistische zu halten, so setzt nun der negative Beweis des Verf.s ein, daß sie den Römern ursprünglich fremd war. Hierfür hat Pringsheim vor allem ein sehr kräftiges Argument, das er denn auch mit Recht an die Spitze seiner diesbetreffenden Untersuchung gestellt hat; nämlich die Darstellung des Gaius 2, 19—20: Res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt. — Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim. Gewiß, so konnte ein so vorsichtiger, auf Vermeidung jedes Mißverständnisses oft ängstlich bedachter Lehrer wie Gaius nicht schreiben, wenn die kaufweise Tradition zur Entfaltung ihrer Wirksamkeit noch der Bezahlung des Preises bedurfte. Hebt er doch gerade hervor, daß die Übergabe beim Kauf ebenso unbedingt eigentumsübertragend wirkt, wie bei der Schenkung. In seinen Institutionen hat Justinian den die kaufweise Übertragung betreffenden Passus erst eingeschoben, wie eine Vergleichung der J. 2, 1, 40—43 mit der von ihnen benutzten Parallelstelle aus Gaius res cottidianae D. 41, 1, 9, 3 und 4 zeigt. Auf den ersten Blick frappierend ist, daß Justinian die interpolierte Regel über die Kauftradition auf die Zwölftafeln zurückführt; aber dies erklärt sich wohl so, daß diese allerdings eine entsprechende Regel enthalten haben werden, nur nicht für die Tradition, sondern, wie man schon früher vermutet hat, beschränkt auf die manzipationsweise Übertragung.

Mit diesem Resultat lassen sich auch die sonstigen für das bekämpfte Prinzip bisher angeführten Zeugnisse vereinbaren; insbesondere über die bekannte Stelle bei Varro de r. rust. 2, 2, 6 vgl. S. 73, wo gut bemerkt wird, daß in den Worten „grex dominum non mutavit nisi si est adnumeratum" nicht die Geldzahlung, sondern die Zuzählung der einzelnen Viehstücke gemeint ist, wie der gleiche Gebrauch von adnumerare in § 5 beweist. Interpoliert sind D. 18, 1, 19 und 53. Außerdem zeigt für die exc. rei venditae et traditae schon ihr Name, daß sie vom Erfordernis der Preiszahlung unabhängig war; das gleiche ist für die Publiciana in D. 6, 2, 7, 16 und 8 ausdrücklich gesagt, an welchen Stellen keine Veränderung vorgenommen zu sein braucht; was endlich den Eviktionsanspruch anlangt, so sind in Paul. Sent. 2, 17, 1 die Worte

[pretio accepto] auctoritatis (venditor) manebit obnoxius als eine Interpolation anzusprechen. Richtig weist ferner Vf. darauf hin, daß auch das Retentionsrecht des Verkäufers an seiner Ware und dessen Vergleich mit dem Pfandrecht (D. 19, 1, 13, 8; 21, 1, 31, 8), sowie die lex comissoria venditionis sich mit einer gesetzlichen Suspension des Eigentumsübergangs schlecht vertragen würden.

Mit diesen Ausführungen, deren Überzeugungskraft auf die Dauer schwerlich bestritten werden wird, hat der Verf. uns ein großes Stück weiter gebracht. Der Satz der J. 2, 1, 41 ist ja in neuerer Zeit mehrfach Gegenstand kritischer Erörterung gewesen. Einerseits hatte Enneccerus den Bericht, wonach das „fidem emtoris sequi" dem Empfang des Kaufgeldes gleichsteht, als justinianische Erfindung nachgewiesen; andrerseits war schon längst von Heineccius, dem Jhering und ich selbst gefolgt waren, angenommen worden, daß die Manzipation der Nachzwölftafelzeit durch den Zusatz „eaque mihi emta esto hoc aere etc." die (fiktive) Preiszahlung stets mit sich brachte und damit wenigstens für ihr Gebiet die Anwendung des Zwölftafelsatzes ausschloß. Aber das waren doch nur kleine Mittel, mit denen man sich über die der Interpretation mancher Stellen entgegenstehenden Schwierigkeiten notdürftig hinweghalf. Die These Pringsheims schafft hier überall freie Bahn.

Im Anschluß daran sucht der Verf. nachzuweisen, daß der griechische Surrogationsgedanke sich im spätrömischen Recht an verschiedenen Stellen durchgesetzt hat. So zunächst in der Rei vindicatio utilis; interpoliert sind hier Paul. D. 24, 1, 55; Ulp. D. 26, 9, 2; C. 3, 32, 8; ferner geht auf das griechische Prinzip auch der Satz Justinians zurück, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte von der Frau als Eigentum vindiziert werden kann; interpoliert ist Ulp. D. 24, 3, 22, 13. Ebenso auch die auf den Kauf mit Erbschaftsgeld bezügliche Stelle von Ulp. D. 5, 3, 20 pr.; nicht minder ist in der Behandlung der In Rem Versio, des Kaufs einer militia mit geliehenem Geld, ebenso darin, daß das mit vorgestrecktem Geld von Bankiers Gekaufte diesen gehören soll, der gleiche Einfluß zu erkennen.

Die Darstellung des Verf. ist überaus klar und durchsichtig, die Quellenzeugnisse sind gut gruppiert und die angenommenen Interpolationen im Abdruck durch Klammern angegeben, so daß die Benutzung des Werkes, zu dem noch ein sehr ausführliches Quellenregister hinzutritt, eine sehr leichte ist. Vor allem aber ist der Grundgedanke ein ebenso überraschender als glücklicher; der vom Verf. als unklassisch angefochtene Satz ist für die bisherige Auslegung der römischen Quellen an so vielen Punkten von einschneidender Bedeutung gewesen, daß seine Beseitigung unzweifelhaft in vielen Beziehungen auf die ältere Lehre revolutionierend einwirken würde, wenn diese einer so kräftigen Lebenserscheinung noch fähig wäre. Dem Verf. sprechen wir unsre Freude aus über den starken Schritt, mit welchem er die wissenschaftliche Laufbahn betreten hat, und wünschen dem schon seit zwei Jahren im Felde Stehenden, daß ihm eine baldige glückliche Heimkehr die

Wiederaufnahme seiner Studien ermögliche und daß ihm dann noch öfter ein so gelungener Griff wie der diesmalige beschieden sei.

Leipzig. Mitteis.

Egon Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen. Leipzig, Felix Meiner 1914. VIII und 155 S.

Als Studien zu den römischen Rechtsquellen legt der Verf. zwei Abhandlungen vor, deren erste eigentlich ein Thema des römischen Zivilprozesses zum Gegenstande hat, das aber doch insofern in die Rechtsquellenlehre gehört, als es sich in letzter Linie um die Frage des Geltungsbereiches der römischen Bürgerordnung handelt. Die Frage, ob die Latiner zur legis actio zugelassen waren, ist zuletzt von Wlassak, Sav.-Z. 28, 114f. gegenüber abweichenden Anschauungen, wie sie namentlich in der französischen Romanistik vertreten werden, mit Entschiedenheit verneint worden, und zwar im letzten Grunde aus der Erwägung heraus, daß von der legis actio als Bestandteil der römischen Bürgerordnung die Latiner als Nichtbürger notwendig ausgeschlossen sein mußten. Der Verf. gelangt in sorgfältiger Untersuchung der Frage zu einem entgegengesetzten Ergebnis.

Sein Angriff richtet sich vor allem gegen die Lehre, daß die legis actio ausschließlich auf der lex beruhe, und gegen die daraus schon von den römischen Juristen (Gai. 4, 11) abgeleitete Folgerung von der Unveränderlichkeit der Spruchformel. Man wird hier den Ausführungen des Verf.s in manchen Punkten gerne beipflichten. Einige modi lege agendi zeigen ein altertümliches Gepräge — man denke nur an das Sakramentsverfahren, die manus iniectio —, gehen in ihren Anfängen sicherlich auf altes Gewohnheitsrecht zurück, und wir müßten ähnliche Verfahrensformen auch dann in den stammverwandten latinischen Stadtrechten annehmen, wenn wir nicht aus den Quellen wüßten, daß sie tatsächlich existierten. Auch wird man wohl zugeben dürfen, daß die Spruchformeln, die doch im wesentlichen von der Jurisprudenz gebildet wurden, in älterer Zeit beweglicher und nicht so starr und unveränderlich waren, wie sie den späteren Juristen erschienen, die zu einer Zeit schrieben, da die legis actio, auf ein kleines Gebiet beschränkt, bereits petrifiziert war. Nichtsdestoweniger scheint mir der Angriff des Verf.s gegen die Lehre Wlassaks an seinem Ziele vorbeizugehen. Es handelt sich nicht um die Frage, ob die legis actio auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht zurückgeht, sondern darum, ob sie Bestandteil der römischen Bürgerordnung und darum auf römische Bürger beschränkt war oder nicht. Es scheint mir bedenklich, an Stelle dieser klaren Begriffe den Begriff des latinischen Stammesrechts zu setzen, wie dies der Verf. tut. Latinisches Stammesrecht ist ein Begriff, der rechtsgeschichtlich seine Bedeutung hat, insofern wir voraussetzen dürfen, daß die Rechte der latinischen Städte infolge der Stammesverwandtschaft ihrer Bevölkerung materiell weitgehend über-

einstimmten. Allein für die praktische Rechtsanwendung gab es kein latinisches Stammesrecht, sondern nur die Rechte von Rom, von Gabii und Präneste. Der Verf. nimmt mit Recht an, daß der Latiner in der Spruchformel der dinglichen legis actio nicht sagen konnte: aio hanc rem ex iure Quiritium meam esse, daß die legis actio per condictionem, weil auf dem Silischen und Calpurnischen Gesetz beruhend, den Latinern verschlossen war. Es erscheint mir nicht ganz folgerichtig, das Gegenteil für die ältere legis actio sacramento und per manus iniectionem zu behaupten, weil sie gewohnheitsrechtlichen Ursprungs waren. Denn in dieser Eigenschaft waren sie nicht weniger Teil der römischen Bürgerordnung als die legitime condictio. Das schließt nicht aus, vielmehr ist es angesichts der Verwandtschaft der latinischen Rechte untereinander sogar recht wahrscheinlich, daß der Latiner in Rom in Formen prozessierte, die der legis actio sehr ähnlich sahen. Allein dieses Verfahren — und das scheint mir der entscheidende Punkt — war keine legis actio im Sinne eines iudicium legitimum, sondern ein Verfahren, das auf dem imperium des Magistrats ruhte. Das wird bestätigt durch das schon von Wlassak herangezogene Argument, daß das iudicium legitimum der lex Aebutia, der Nachfolger der legis actio, nur unter Bürgern bestehen konnte. Darüber ist meines Erachtens nicht hinwegzukommen, auch nicht mit der recht problematischen Erwägung, daß der magistratische Rechtsschutz durch die Formel, im Fremdenprozeß ausgebildet, zunächst überwiegend auf die Latiner Anwendung fand und daher die legis actio bei diesen frühzeitig verdrängte, so daß das Aebutische Gesetz keinen Anlaß mehr fand, bei der Sanktionierung des Formularprozesses für die römischen Bürger der Latiner noch zu gedenken. Auch die Tatsache, daß die legis actio auch vor dem Peregrinenprätor vorgenommen werden konnte, dürfte wohl eher aus der Einheitlichkeit des Imperiums als als Überrest der legis actio der Latiner zu erklären sein.

Auf weit sichererem Boden bewegt sich die zweite Abhandlung, die sich mit der Geschichte des römischen Provinzialediktes beschäftigt. Hier gelangt der Verf., unterstützt durch seine ausgebreitete Literatur- und Quellenkenntnis namentlich auch auf dem Gebiete der griechischen Inschriften und Papyri, die ihm bisher noch nicht verwertetes Material heranzuziehen gestattet, zu einer Reihe schöner und neuer Ergebnisse. Vor allem gelingt es ihm, eine bisher noch nicht beachtete Verschiedenheit in der Gestaltung des Provinzialediktes der Republik und der Kaiserzeit wahrscheinlich zu machen. In der Republik veröffentlicht der Statthalter, wie wir namentlich aus dem Berichte Ciceros über seine kilikische Statthalterschaft wissen, ein allgemeines Edikt, das sich in seinem die Römer betreffenden Teile naturgemäß an das stadtrömische Edikt anlehnt, in der Regelung der Verhältnisse der Untertanen aber, wie der Verf. vermutet, beeinflußt wurde durch die Instruktionen des Senats, die so als Vorläufer der mandata principis erscheinen. An Stelle dieses allgemeinen Untertanenedikts treten nun in der Kaiserzeit Spezialedikte, ein Brauch, der sich bis in die byzan-

tinische Zeit hinein erhalten hat. Dies wird nachgewiesen für Ägypten und Asien, für welche Provinzen Papyri und Inschriften Material liefern. Für Ägypten wird ferner dargelegt, daß hier diese Spezialedikte in ihrer Geltungsdauer nicht durch das Amt des Statthalters befristet waren. Neben diesen Spezialedikten gibt es aber, soweit die Rechtsverhältnisse der Römer in Frage kommen, seit der hadrianischen Ediktsreform ein allgemeines Reichsedikt, das edictum provinciale, das Gaius kommentiert hat. Dieses Reichsedikt stellt indessen für die Provinzen nur materiell gemeinsames Recht dar. Formell erscheint es als persönliches Edikt des Statthalters, und auch materiell scheint es Spielraum für Partikularismen gelassen zu haben. Diese Ergebnisse sind ebenso interessant wie bedeutsam, insofern sie zeigen, wie stark doch in der provinzialen Rechtsbildung auch in der Kaiserzeit sich der Partikularismus der einzelnen Provinzen geltend machen konnte.

Leipzig. **Paul Koschaker.**

---

v. **Druffel**, **Ernst**, Papyrologische Studien zum byzantinischen Urkundenwesen im Anschluß an P. Heidelberg 711. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung, herausg. von Leopold Wenger, 1. Heft. München, Oskar Beck 1915. VIII und 105 S.

Diese vortreffliche Studie des bereits durch einige kleinere Abhandlungen bekannten Schülers des Münchner papyrologischen Seminars eröffnet in glücklichster Weise die von L. Wenger begründeten Beiträge zur Papyrusforschung. Sie geht aus von dem bisher m. W. unveröffentlichten Heidelberger Papyrus 711, dessen von G. A. Gerhard hergestellte Transkription an die Spitze gesetzt wird, und bringt zu ihm einen eingehenden und sehr sachkundigen Kommentar, durch den die Ausblicke vollkommen klargelegt werden, welche dieses in der Tat rechtshistorisch bedeutsame Stück ermöglicht. Die wichtigste Erkenntnis ist darunter die, welche uns dieser Papyrus über die Institution der Gesta in Ägypten eröffnet.

Der Papyrus ist auf dem Rekto und Verso beschrieben. Sein aktueller Zweck ist, was auf dem Verso steht, eine *διαμαρτυρία* (protestatio) zu sein für gewisse Rechte; die Schrift auf dem Rekto ist eine Art Beilage, welche die protestierten Rechte belegen soll. Es handelt sich um folgendes: Nach dem Tode eines nicht mit Namen genannten Hausvaters hatten dessen Witwe und zwei Kinder, Sohn und Tochter, ein Übereinkommen getroffen, wonach die Witwe die lebenslängliche *χρῆσις* an den in den Nachlaß gehörigen Gebäuden haben sollte, ausgenommen an zwei *κέλλια*, die dem Sohn gehörten (sei es kraft früheren Rechtstitels, sei es kraft Kaufs aus dem Nachlaß); dabei verpflichtete sich der Sohn, den Ein- und Ausgang zu diesen *κέλλια* nicht durch die der Mutter zur *χρῆσις* überlassenen, vermutlich von ihr und der Schwester gemeinsam bewohnten *πατρῷα οἰκήματα* zu nehmen, und das

war später noch durch ein besonderes Übereinkommen *(διάλυσις)* zwischen den beiden Geschwistern bekräftigt worden. Später einmal hatte die Mutter ihre Tochter gebeten, die Ausgänge von den *κέλλια* des Sohns zu den von ihr und der Tochter wie es scheint gemeinsam bewohnten Räumen nicht zu vermauern, und das hatte ihr die Tochter auf ihre Lebenszeit kraft einer *παρακλητικὴ ὁμολογία* (was doch wohl eine Urkunde über ein Prekarium gewesen sein dürfte) zugestanden. Obwohl die Tochter, wie sie selbst sagt, durch diese Urkunde genügend gesichert ist, findet sie es jetzt doch angemessen, noch „ein übriges zu tun" *(περιττόν τι διαπράξασθαι)* und durch eine Protestation gegenüber ihrem Bruder festzustellen, daß sie auf die Verschließung des Zuganges nur ihrer Mutter zuliebe und solange diese lebt, verzichtet, nach deren Tod aber berechtigt sein wird, mit der Verschließung vorzugehen. Diese Protestatio ist der Inhalt des Verso. Auf dem Rekto dagegen steht eine Erklärung der Mutter an die Tochter, welche, wie auch der Text des Verso, unvollständig erhalten ist, aber einen Bericht über die früheren Vorgänge bringt.

Die Protestation auf dem Verso nun ist adressiert an den *ἔκδικος* (Defensor), und der Text beginnt mit der Bitte, den Protest zu verlesen und den Akten einzuverleiben. Auf diese Bitte folgt: *ὁ ἔκδικ(ος)· ὁ τῆς ἐκδικίας βοηθὸς* ὁ δῖνα *ὑποδεξάμεν[ος] τὴν παρὰ* τῆσδε *προγινομένην διαμαρτυρίαν ἀναγιγνωσκέτω,* darauf kommt der Text des Protestes. Von hier ab hat das Verso also die Form eines Protokolls von dem *ἔκδικος,* in dem dieser als redend eingeführt wird und seinem Hilfsbeamten aufträgt, die Protesturkunde zu den Akten zu nehmen und zu verlesen. Wie v. Druffel richtig bemerkt, erinnert das an die frühmittelalterlichen Protokolle über Akteninsinuation und läßt uns erkennen, daß auch die Gesta der ägyptischen Defensoren in der eigentümlichen Dialogform errichtet wurden wie jene, wobei freilich die Protokollform in unserm Stück nicht rein durchgeführt erscheint; denn der Anfang des Verso (l. 1—5) ist hypomnematisch stilisiert *(τῷ ἐκδίκῳ παρὰ τῆσδε)*; erst in l. 5 beginnt mit den Worten *ὁ ἔκδικος* die mündliche Verhandlung.

Auffallend ist, daß im Heidelberger Papyrus die Personennamen durchgängig fehlen und für sie freie Räume gelassen sind, über welchen lediglich die Blankettworte *ὁ δῖνα,* oder *τῷδε, τῆσδε* (je nach der Satzkonstruktion) stehen. Daß deshalb unser Stück als ein bloßes Formular anzusehen sei, bestreitet der Verf. in längerer Auseinandersetzung; er führt auch aus, daß wir sichere Beispiele von eigentlichen Formularen bis jetzt aus Ägypten auch anderweitig nicht besitzen. Für den in Rede stehenden Papyrus will Verf. die Blankettworte so erklären, daß er bloß ein Entwurf zu einem konkreten Schriftstück war. Das ist die Annahme, mit der man sich in solchen Fällen immer zu helfen pflegt. Sehr einleuchtend ist sie freilich in unserm Fall nicht; denn wenn einem Urkundschreiber soviel Detailinformationen gegeben worden sind, wie hier, warum sollten ihm gerade die Namen der Beteiligten nicht genau angegeben worden sein? Ferner hätte es doch

auch eine große Zeitverschwendung bedeutet, einen so umfassenden Entwurf mit so zahllosen überflüssigen Worten vollständig und ohne Kürzungen auszuschreiben, statt ihn einem Tachygraphen zu diktieren. Hier bleibt noch manches der Erklärung bedürftig.

Außerdem wird vom Verf. der Text des Papyrus im einzelnen sachlich und philologisch kommentiert. Sein Kommentar ist ganz vorzüglich; v. Druffel zeigt sich als gründlichen Kenner der byzantinischen Gräzität, und seine Bemerkungen über einzelne Termini sind für jeden, der sich mit den byzantinischen Papyri zu befassen hat, von großem Wert; auf jeder Seite findet man eine feine Parallele, und so wird auch für die bisher schon bekannten Papyri unser Verständnis vielfach gefördert. In einem Anhang (S. 74f.) werden die von J. Maspéro publizierten Kaiserreskripte neuerlich besonders daraufhin untersucht, ob sie Übersetzungen aus lateinischen Originalen darstellen, was Verf. in sachkundiger Untersuchung bestreitet. Ein sehr vollständiger Sach- und Wortindex erhöht die Brauchbarkeit der kleinen Schrift, welche ich mit Genuß und Belehrung gelesen zu haben bekenne.

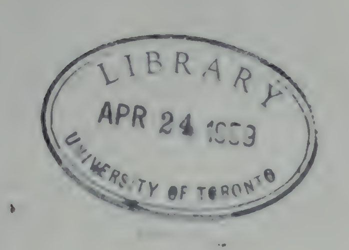
Leipzig. Mitteis.

Friedrich Lübkers Reallexikon des klassischen Altertums. Achte vollständig umgearbeitete Auflage, herausgegeben von J. Geffcken und E. Ziebarth, in Verbindung mit B. A. Müller, unter Mitwirkung von W. Liebenam, E. Pernice, M. Wellmann, E. Hoppe u. a. Leipzig, B. G. Teubner 1914. VIII und 1152 S.

Für diese neue und erweiterte Auflage des beliebten Hilfsbuchs werden die philologischen Kreise den Herausgebern und dem Verlag Dank wissen. Was in philologisch-archäologischer Richtung in der neuen Auflage geleistet ist, entzieht sich unserem Urteil. Für den Rechtshistoriker ist das Werk wohl nie berechnet gewesen, und die juristischen Artikel sind wohl auch nur für den Hausgebrauch der Nichtjuristen bestimmt, während der Jurist so ausführliche und zum Teil autoritative Darlegungen, wie sie etwa die Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa zu einzelnen Lemmata (freilich keineswegs zu allen) bringt, hier schwerlich finden würde; bei Stichproben finde ich sogar Bedenkliches, z. B. p. 791 Sp. 2 unter dem Schlagwort Pfandrecht die Bemerkung, das Pfandrecht entstehe (unter anderm) auch durch „Vindikationsvermächtnis". Dabei ist verwiesen auf Sohm, Institut. S. 440 (offenbar nach einer älteren Auflage zitiert; in der seit 1911 bestehenden 14. wäre es S. 462). Sohm hat aber nicht verabsäumt zu bemerken, daß diese (mit der Natur des Pfandrechts in Widerspruch stehende) Entstehungsart erst von Severus und Caracalla zugelassen worden ist, hat also den sehr bedenklichen Ausdruck „Vindikationsvermächtnis" sofort abgeschwächt, was im Lexikon versäumt wird.

Oder: Die Donatio erfolgt (p. 307) „durch unmittelbare Zuwendung oder durch Versprechen, das klagbar war". Hier ist der Relativsatz statt des einfacheren „durch klagbares Versprechen" sehr auffallend und kann leicht zu der Annahme verleiten, im klassischen Recht sei jedes Schenkungsversprechen klagbar gewesen, was bekanntlich erst seit Justinian zutrifft. Den Artikel Sponsor endlich würde ich, wenn ich nicht mit der Materie vertraut wäre, schwerlich verstanden haben. Auch die Artikel manus, manus iniectio und nexum sind nicht ganz einwandfrei. Doch soll damit nicht geleugnet werden, daß sie zur vorläufigen Orientierung von Lesern, denen es auf fachmännische Exaktheit nicht ankommt, Dienste tun werden. Bei dieser Gelegenheit sei ein mir zufällig aufgestoßener Druckfehler berichtigt: Wer nach p. 708 Sp. 2 nach dem Zitat „Kleinadam Personalexekution" in einem Bibliothekskatalog nachsucht, wird schwerlich das Werk von Kleineidam finden. Außerdem hätte ich gern noch einige Worte behandelt gesehen, die ich jetzt vermisse: so z. B. Eremodicium und Trapezites.

Leipzig. Mitteis.


LIBRARY
APR 24
UNIVERSITY OF TORONTO

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

ACHTUNDDREISSIGSTER BAND

LI. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1917.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXVIII. Bandes.

Romanistische Abteilung.

I.

Der Dezemvirat in Sage und Geschichte.

Von

Professor Dr. **W. Soltau**

in Zabern (Elsaß).

Die Erzählungen von der schlimmen Lage und Verschuldung der Plebs, von der römischen Gesandtschaft nach Athen 452 v. Chr., von den guten Gesetzgebern 451, welche das römische Landrecht in X Tafeln zusammenstellten, und weiter von den tyrannischen Dezemvirn, welche, die plebejischen Freiheiten nicht achtend, die jungfräuliche Virginia für eine Sklavin eines Klienten des Dezemvirs Appius Claudius erklärten und deren Vater sie töten mußte, um sie nicht entehren zu lassen, endlich die zweite secessio plebis und der Sturz des Dezemvirats durch die braven Optimaten Valerius und Horatius. —

Das sind Geschichten, das ist keine Geschichte. Alles dieses ist so sehr dem Unglauben moderner Forscher begegnet, daß die ganze Gesetzgebung der XII Tafeln von ihnen in eine viel spätere Zeit verlegt, der Dezemvirat als Gebilde der Sage aus der Geschichte verwiesen worden ist.

Bekannt ist, daß die z. T. geschickten Versuche, dies zu erweisen — namentlich von E. Lambert (l'histoire traditionelle des XII tables), von Ettore Pais (studi storici), J. E. Hoekstra (de decemviri en hun wetgewing) — nicht gelungen sind.

Wenn namentlich schon durch Flavius oder bald nach ihm eine Rekonstruktion der älteren römischen Geschichte in der Pontifikalchronik erfolgt ist[1]), so ist es ausgeschlossen,

[1]) Soltau, Die Anfänge der römischen Geschichtschreibung 99f.

daß die Hauptepochen der Geschichte der voraufgehenden zwei Jahrhunderte einfach erfunden sein sollten.[1])

Die Hauptgründe, welche die genannten Forscher gegen sie vorgebracht haben, sind jedenfalls bereits widerlegt.

Wichtiger aber als diese Elemente der Überlieferung über den Dezemvirat ist das, was sich aus einer Geschichte der römischen Verfassung und aus den Berichten der Antiquare über ihre Entwicklung ergibt.[2])

Wenn z. B. festgestellt werden kann, daß um die Zeit des Dezemvirats wichtige politische Reformen durchgeführt worden sind, so ist das von größerer Bedeutung als irgendwelche annalistische Schilderungen über eine Zeit, die doch nur einer viel späteren Epoche angehören. Aus jenen kann wenigstens mit größerer Bestimmtheit dargetan werden, was jene Gesetzgeber bezweckt haben.

Eine streng geschichtliche Forschung hat abzusehen von den romanhaften Schilderungen der Verfassungskämpfe, welche die politischen Gesinnungen der Parteimänner des 1. Jahrhunderts v. Chr. wiederspiegeln sollten. Aber sie hat um so mehr Wert auf die antiquarische Überlieferung zu legen, am meisten aber auf dasjenige, was außerdem über die Grundsätze des römischen Staatsrechts feststeht und aus ihm erschlossen werden darf.[3])

I.

Der sicherste Ausgangspunkt ist die Feststellung der Veränderungen, welche die einzelnen Beamten durch den Dezemvirat oder sogleich nachher erfahren haben. Auch diese sind mit in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, soweit sie in näherem Zusammenhang mit den Reformen der Dezemvirn stehen.

Bei der Unsicherheit der Überlieferung[4]) und bei der

---

[1]) Historische Vierteljahrschrift 1914, 321.

[2]) Vgl. Soltau, Zur römischen Verfassungsgeschichte. Philologus 1916, 504.

[3]) Soltau, Zur röm. Verfassungsgeschichte. Philologus 1916, 535.

[4]) Mit Recht urteilt so auch Mommsen, Röm. Geschichte I 287 darüber: „Unmöglich kann . . . die große Krise, der die XII Tafeln entsprangen, in solche romantische Abenteuerlichkeiten und politischen Unbegreiflichkeiten ausgelaufen sein.“

tendenziösen Entstellung, welche dieselbe über den Dezemvirat erfahren hat, ist es nämlich nicht nur erlaubt, sondern geradezu notwendig, die Bedeutung der Tätigkeit jener Männer aus den Wirkungen, welche unmittelbar nach ihrer Tätigkeit festgestellt werden können, zu erschließen.

Es ist z. B. allgemein anerkannt, daß die Zwölftafelgesetzgebung noch nicht das conubium patrum et plebis gewährt hat, dieses vielmehr erst nach einigen Kämpfen durch das Canuleische Gesetz (444) legitimiert worden ist.[1]) Aber erstrebt ist es bereits in der Zeit der Dezemvirn. Vielleicht sogar von ihnen selbst.

Andrerseits ist klar, daß die um 443 eingesetzten Zensoren zwar selbst nicht von den Dezemvirn vorgesehen worden sind, daß aber die Zensusordnung, die locatio vectigalium und die ultro tributa, kurz die ganze Ordnung des Budgets und die Festsetzungen über den Zensus bereits in eine kurz vorhergehende Zeit gehören, im wesentlichen das Werk des Dezemvirats sind.[2])

Allerdings ist nach dieser Richtung hin Vorsicht geboten. Es wäre gewiß verkehrt, alle möglichen Neuerungen, welche bald nach dem Dezemvirat eingeführt sind, auf Rechnung der Dezemvirn zu setzen. Es ist z. B. gar nicht einmal wahrscheinlich, daß die Dezemvirn Anordnungen getroffen oder beabsichtigt hätten, welche die Plebiszite aufs neue einführen sollten und über die Möglichkeit, ihnen Gesetzeskraft zu verleihen, Bestimmungen getroffen hätten, wie das valerisch-horatische Gesetz sie eingeführt hat.[3])

Desgleichen wäre es sehr unvorsichtig, die Idee einer Vermehrung der Oberbeamten, wie sie zuerst 443 erfolgt ist, a priori auf die Dezemvirn zurückzuführen. Es mag später, nachdem gesicherte Ergebnisse über die Vermehrung der Magistrate durch die Dezemvirn festgestellt sind, auch der Militärtribune gedacht und eine Erklärung für sie ge-

[1]) Aber geplant ist es sehr wahrscheinlich auch schon vor diesen. Trotz Cicero, de re publica 2, 37.

[2]) Vgl. Soltau, Über den Ursprung von Zensus und Zensur in Rom (Deutsche Philologenversammlung 1883 S. 146).

[3]) Vgl. Soltau, Die Gültigkeit der Plebiszite 3. 147.

sucht, darf aber nicht von vornherein dieser Frage präjudiziert werden.

Zwei Mittel gibt es, das Wesen und die Beschaffenheit der durch die Dezemvirn geschaffenen Neuordnungen zu erfassen: zunächst der Wortlaut der XII Tafeln, sodann die Neuerungen, welche sicher nach den Dezemvirn in Rom bestanden.

Über den ersten Punkt steht so viel fest: Die XII Tafeln haben in Rom seit ihrer Veröffentlichung allgemeine Anerkennung gefunden. Nie hat man, auch als manche ihrer Anordnungen veraltet waren, diese abrogiert, sondern unter formeller Beibehaltung sie faktisch durch Neuordnungen ersetzt.

Aus allem hier Gesagten geht hervor, daß die XII Tafeln durchweg im Sinne der Gesamtheit gegeben waren und zwar so, daß fast alle berechtigten Wünsche der Plebejer berücksichtigt worden waren. Neben dem Landrecht, das zwar nach den Vorstellungen unserer Zeit manche Härten enthielt, die aber in jener Zeit durchaus nicht beanstandet wurden, war dem Volke ein Prozeßrecht verliehen, das für alle Zeiten vorbildlich geblieben ist. An die Stelle eines Prozeßganges vor den Pontifices, welche nach sakralen Satzungen mit priesterlichen Vorurteilen Recht sprachen, trat ein Zivilprozeß, welcher durch Trennung in dem Verfahren in iure und dem in iudicio durch Geschworene weitgehende Garantien bot, daß das bürgerliche Recht ungebeugt jedem Bürger zuteil wurde.

Nicht minder wichtig waren die politischen Rechte, welche teils durch die XII Tafeln, teils durch besondere gesetzliche Festsetzungen begründet wurden, die wir nur aus den seit 449 bestehenden staatlichen Ordnungen erschließen können.

Das Wichtigste ist das, was uns das bekannte Gesetz quae de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui vetaret meldet. Cicero, de re publica 2, 36, 61[1]).

Hierin liegt nicht nur, daß der Kapitalprozeß den comitia centuriata reserviert sein sollte, sondern auch, daß bei

---

[1]) Vgl. Livius 3, 55, 4.

geringeren Delikten, soweit eine Provokation erhoben wurde, diese den comitia leviora überlassen bleiben sollte.

Was waren das aber für comitia? Gewiß nicht die comitia curiata, die außer bei sakralen und gentilrechtlichen Fragen nicht mehr berufen wurden. Aber auch noch nicht die comitia tributa, die erst 366 eingeführt sind.[1]) Da derartige Multprozesse, bevor die Prätur eingeführt ward, allein durch die Volkstribunen geleitet werden konnten, wenn Aediles oder Quästoren die Multa aufgelegt hatten, so liegt in diesem Gesetze auch so viel, daß — mindestens nach Absicht der Dezemvirn — die concilia plebis unter Leitung der Tribune fortbestehen und über Multprozesse entscheiden sollten. So war denn auch im Kriminalprozeß das Recht des Volkes auf Provokation voll gewahrt.

Durch die Dezemvirn müssen aber, wie mein Aufsatz[2]) „Die lex centuriata de imperio" erwiesen hat, diese Komitien reformiert worden sein und in der demokratischen Form auf der Grundlage der Tribus (des Populus tributim censu aetate ordinibus descriptus) eine volksfreundliche Umgestaltung erhalten haben.

Zu dieser Neuordnung der Volksversammlungen und ihres Verhältnisses zueinander, welche das Volk gleichfalls durchaus befriedigen mußte, kam nun das weitgehende Entgegenkommen, das durch die Dezemvirn und seit ihnen den plebejischen Beamten erzeigt wurde.[3])

Schon aus dem oben über den comitiatus maximus Gesagten geht hervor, daß es den Dezemvirn zweifellos ganz fern gelegen hat, den Tribunat zu beseitigen. Sie haben den einzelnen Plebejern nicht nur das Recht auf die Hilfeanrufung der sakrosankten potestas tribunicia gewährleistet, sondern auch das Berufungsrecht auf die concilia plebis bei Multprozessen unter Leitung der Tribune gelassen. Nie sind außerdem plebejische Beamte, weder tribuni plebis noch aediles plebis, anders als in concilia plebis unter Leitung der Volkstribunen erwählt worden.[4])

---

[1]) Vgl. Philologus 1916 S. 540f. 532f. [2]) Philologus 1917.

[3]) Vgl. die ursprüngliche Kompetenz der aediles plebis (Festschrift zu Ehren von Arnold Schäfer, Bonn 1882).

[4]) Auch Livius 3, 54 bildet keine Ausnahme.

Selbst das Recht, Rogationen vor die concilia plebis zu bringen, haben die Dezemvirn schwerlich den Tribunen völlig versagen wollen.

Allerdings ist hier die Stelle, wo der Zweifel an der vollen Restaurierung der tribunizischen Rechte beginnt, ja mit Grund gestattet ist.

Wenn die Dezemvirn die reformierte Zenturienordnung, d. h. den exercitus urbanus quinquennalis an die Stelle des exercitus Servianus gesetzt haben, so ist ihre Absicht klar, die Teilversammlungen nach Tribus durch den comitiatus maximus des ganzen populus zu ersetzen. Ein vollgültiger Beweis dafür, daß die Dezemvirn bestrebt gewesen sind, die Volkstribune und ihr ius cum plebe agendi nicht zu beseitigen, liegt aber in der allgemein als Tatsache angenommenen Anordnung, daß die Tribune seit dem Dezemvirat auf den subsellia vor dem Eingang in die Kurie ihren Sitz erhalten hatten. Das kann nur den Sinn haben, daß seit jener Zeit die Volkstribune gewisse staatliche Rechte hatten derart, daß der Senat Wert darauf legte, daß sie von seinen Beschlüssen Akt nahmen, andrerseits, falls sie Bedenken gegen dieselben hatten, rechtzeitig Einspruch einlegen konnten.

Im wesentlichen war damit das durch die lex Valeria Horatia den concilia plebis eingeräumte Recht ihm bereits durch die Dezemvirn gegeben worden. Wozu hatten die Tribune wohl sonst das Recht, gegen senatus consulta Einspruch zu erheben?

Es liegt also auch hier die Absicht der Dezemvirn klar zutage, nicht die Rechte der Volkstribune zu beseitigen, sondern dieses ganz revolutionäre Amt in Zusammenhang mit dem staatlichen Recht zu bringen, die plebejischen Beamten mit staatlichen Funktionen zu betrauen.

Ob die Ordnung, welche die lex Valeria Horatia hinsichtlich der Gültigkeit der Plebiszite getroffen hat, daß nur eine vorgängige Zustimmung des Senats einem Plebiszite Gesetzeskraft erteilen könne, schon von den Dezemvirn vorgesehen war, ist nicht mit völliger Sicherheit festzustellen. Sehr wahrscheinlich ist es, daß die Konsuln von 449 wie die Publikation der XII Tafeln, so auch sonst de-

zemvirale Anordnungen legitimiert haben. Dafür spricht auch der Grundsatz des Zwölftafelrechts: daß die Beschlüsse der collegia dann gesetzliche Geltung erhalten könnten, wenn ein S.C. erklärt hatte, daß sie nicht gegen das bestehende Recht verstießen.[1])

Diese Auffassung von der maßvollen Behandlung der plebejischen Rechte seitens der Dezemvirn, wie sie sich in der Bewahrung des Tribunats und in seiner Einfügung in die staatlichen Ordnungen zeigt, wird bestätigt durch die parallele Behandlung der Rechtsstellung und der amtlichen Tätigkeit der plebejischen Ädilen. Über sie handelt eine meiner früheren Abhandlungen: Die ursprüngliche Bedeutung und Competenz der aediles plebis, zu Ehren von Arnold Schäfer, Bonn 1882. Die Resultate faßte ich S. 145 kurz so zusammen:

Es ist unbestreitbar, daß die Sonderbeamten der plebs, vor allem also auch die aediles plebis, vor dem Dezemvirat keine staatlichen Funktionen ausgeübt haben. Sie hatten ihr Amtslokal ad aedem Cereris, wo sie auch ihre Kasse hatten und bewahrten. Die Einkünfte derselben kamen teils von den Strafgeldern, welche die Tribune auferlegten, teils von den Prozeßgeldern der streitenden Plebejer her, die bei ihnen deponiert wurden.

Wenn ich recht gesehen habe (S. 146), können alle Kompetenzen einer späteren Epoche ihnen schon deshalb nicht früher angehört haben, da dieselben rein staatlicher Art waren, zum Teil sogar nachweislich erst später ihnen und den kurulischen Ädilen zugewiesen worden sind.

Aus beiden Gründen müssen wohl die Befugnisse, welche auch späterhin allein den kurulischen Ädilen zukamen, den plebejischen Ädilen abgesprochen werden. So vor allem die cura aedium sacrarum (S. 101).

Auch bei der cura ludorum darf nicht an eine ursprüngliche Leitung der aediles plebis gedacht werden (vgl. S. 101). Erst seit 365 werden die ludi maximi Liv. 7, 2 als ständig eingeführt erwähnt und stehen dann unter der Leitung der

---

[1]) Soltau, Gültigkeit der Plebiszite 146 (Non contra auspicia lata esse).

Kuruládilen. Bald erhoben die plebejischen Ädilen Anspruch, auch mit an der Leitung der Spiele beteiligt zu sein. Dieses Recht wurde ihnen versagt, dagegen ihnen der Vorsitz in den ludi plebei überlassen.

Ferner mögen die plebejischen Ädilen früher gelegentlich in Zeiten der Teuerung auf die Linderung der Not hingewirkt haben. Aber eine cura annonae, wie sie die staatlichen Beamten der späteren Ädilität besessen hatten, mit dem Rechte, Getreide von auswärts für den Staat anzukaufen, kann nicht in der Kompetenz der aediles plebis vor 366 gelegen haben.

Ebensowenig auch eine polizeiliche Obergewalt, wie sie später den Ädilen oblag. Wenn eine solche den plebejischen Ädilen nach dem Dezemvirat unter Oberleitung der Konsuln zugestanden hätte, könnte eine solche doch nicht vor 451 zu ihrer Kompetenz gehört haben.[1])

Es ist also klar, daß die aediles plebis vor dem Dezemvirat nur eine Wirksamkeit innerhalb der plebejischen Gemeinde gehabt haben können. Alles, was ihnen seit 449 oblag, kann ihnen vorher noch nicht zugestanden haben.

Dasselbe ist zu folgern aus dem wenigen historisch Glaubwürdigen, das positiv über ihre Tätigkeit von 449 überliefert ist.

Sie waren den Volkstribunen beigegeben als Hilfsbeamte; unter ihrer Leitung wurden sie erwählt. Sie werden in dem Grundgesetz der Plebs nach den Tribunen, vor den plebejischen Geschworenen (iudices) erwähnt.[2]) Die Zusammenstellung mit den letzteren macht wahrscheinlich, daß auch sie eine richterliche Kompetenz gehabt haben. Gesichert wird diese Annahme durch die Tatsache, daß in zahlreichen italischen Städten Ädilen als richterliche Beamte vorkommen.[3])

Um so weniger wird es beanstandet werden können,

---

[1]) Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II 1, 443f.

[2]) Liv. 3, 55 ut qui tribunis plebis aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venumiret.

[3]) Aediles in Arpinum, Aricia, Fundi, Formiae u. a. m. Vgl. vor allem Rosenberg, Der Staat der alten Italiker (Berlin 1913) 51f.

daß in den aediles plebis richterliche Beamte zu sehen sind, welche ad aedem Cereris einer Art Friedensgericht vorstanden.

Mögen die Einzelheiten über die Entwicklung des ältesten Zivilprozesses vor den legis actiones der XII Tafeln nicht feststehen: im ganzen dürften meine Darlegungen über die ursprüngliche Kompetenz der aediles plebis S. 145 wohl das Rechte getroffen haben. Wenn es richtig ist, hob ich daselbst hervor, daß bis zur Zwölftafelgesetzgebung das Ordinarverfahren im Zivilprozeß bei den pontifices stattfand und mit dem hohen Sukkumbenzgeld des sacramentum prozessiert wurde, so wird die Einsetzung eines plebejischen Schiedsgerichts ad aedem Cereris — unter der Garantie der Ädilen und durch die Urteilsfällung von Laienrichtern — durchaus motiviert erscheinen.

„Indem gegenüber einem Zivilprozeß unter pontifikaler Leitung und pontifikalen Vorurteilen die secessio plebis die Entscheidung Laienrichtern anvertraute, die Gerichtskosten bedeutend verringerte und namentlich auch arbitri einführte (vgl. ebenda S. 146f.), hat sie in fruchtbringender Weise auf die Weiterentwicklung des Zivilprozesses hingewirkt: die strenge Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio ist dadurch angebahnt und die Kunde des Rechts ist so wieder mehr Gemeingut des Volkes geworden.“

Dasselbe zeigen die Ordnungen, welche bereits von den zweiten Dezemvirn über die plebejischen Beamten geplant und angeordnet wurden. Sie haben das Tribunat gewiß nicht beseitigen wollen, sondern nach Neuordnung des Zivilprozesses und nach einer Beschränkung ihrer gesetzgeberischen Tätigkeit wieder einsetzen wollen. Sie haben die Ädilen zu staatlichen Beamten gemacht und ihnen staatliche Funktionen zugewiesen, nachdem sie den Zivilprozeß staatlich geregelt und einen Einfluß beider Kollegia auf denselben beseitigt hatten. Dafür aber haben die Tribunen das Recht erhalten, den Senatssitzungen beizuwohnen, um — wenn es ihnen nötig erschien — Einspruch zu erheben.

Damit ist ein Ergebnis gefunden, welches über die Stellung der Dezemvirn — nicht nur des ersten, sondern noch viel mehr des zweiten Kollegiums — deutlichen Aufschluß

gibt. Namentlich die zweiten Dezemvirn, welche den Abschluß des Zwölftafelgesetzes und die Wiederherstellung der plebejischen Rechte durchführen wollten, waren der Plebs durchaus wohlwollend gesinnt. Eine solche Tendenz schloß Mommsen schon allein aus der Qualität des Landrechts (Röm. Geschichte I 287): Die Plebejer hatten durch die XII Tafeln das gemeine Landrecht errungen, und nicht sie waren es, die Ursache hatten, sich gegen die neue Magistratur aufzulehnen und mit Waffengewalt das rein patrizische Konsularregiment zu restaurieren. Dieses Ziel kann nur von der Adelspartei verfolgt worden sein.

Nicht minder ist dadurch der Grundzug der ganzen Neuordnung der Staatsverwaltung, wie ihn die Dezemviralkollegien eingeführt oder beabsichtigt haben, festgestellt.

Durch die Einordnung der plebejischen Beamten in den Staatsorganismus ist die Zahl der Beamten vermehrt, die Abhängigkeit der Beamten vom Senat eingeführt und das Imperium, welches bisher die beiden militärischen Oberbeamten ziemlich schrankenlos ausgeübt hatten, eingeschränkt und unter den Einfluß des Senats gestellt worden. Ganz dasselbe gilt von den in diesen Kreis gehörenden Reformen des Zensus und des Staatshaushaltes (der vectigalia und ultro tributa).[1])

Mommsen, R.G. I 287 sagt treffend: „Das Dezemvirat war nach der Abschaffung des Königtums und der Einsetzung des Volkstribunats der dritte große Sieg der Plebs, und die Erbitterung der Gegenpartei gegen die Institutionen wie gegen ihr Haupt Appius Claudius ist erklärlich genug. Die Plebejer hatten, wie oben erwähnt, damit das passive Wahlrecht zu dem höchsten Gemeindeamt und das gemeine Landrecht errungen. Dieses Bestreben, die Dezemvirn zu stürzen, kann nur von den Patriziern ausgegangen sein, und wenn die patrizisch-plebejischen Dezemvirn den Versuch gemacht haben, sich über die Zeit hinaus im Amt zu be-

[1]) Mommsen, Röm. Geschichte I 288: „Man konnte es im Senat nicht wehren, daß die Tribunen jetzt einschritten gegen einen ihnen nicht gefällig Senatsbeschluß, wenn auch allmählich der neue Grundsatz feststellte, daß jede Beschlußfassung der Volksversammlungen oder des Senats durch Einschreiten eines Tribuns gehemmt werde.

haupten, so ist sicherlich dagegen in erster Reihe der Adel in die Schranken getreten."

II.

Durch die bisherigen Ergebnisse ist ein fester Boden gewonnen, von wo aus ein Urteil über die Bedeutung des Dezemvirats und die Absicht jener Gesetzgebung gefällt werden kann.

Die XII Tafeln hatten an die Stelle der Beamtenwillkür ein Gesetzbuch des bürgerlichen Rechtes gesetzt, das den Wünschen der Volksmitglieder durchaus genügen konnte. Trotz einiger Härten und einiger unberücksichtigter Forderungen der Plebejer konnte es keinem Manne des Volkes einfallen, der Neuordnung zu widerstreben und die früher bestandenen Verhältnisse zurückzuersehnen. Das Zwölftafelrecht entsprach dem damals bestehenden Gewohnheitsrecht und schonte weise die bisher geltenden Rechtsanschauungen.

Die von den Dezemvirn neu eingeführten Grundsätze des Zivilprozesses entsprachen den Forderungen der Plebejer. Ihre Wünsche waren durch den neuen Zivilprozeß voll erfüllt. An die Stelle des pontifikalen Prozesses sacramento und der Entscheidungen der pontifices nach einem den Laien vielfach unbekannten Rechte trat der Legisaktionenprozeß mit seiner für alle Zeiten bedeutsamen Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio. Der Geschworenenprozeß beseitigte die Willkür der priesterlichen und Beamtenrechtsprechung.

Nicht minder segensreich war der Kompromiß, der durch die XII Tafeln im Kriminalrecht getroffen war. Die angemaßten Rechte der Volkstribunen, nicht nur schwere Bußen, sondern selbst das Todesurteil auszusprechen und dieses mit Hilfe der concilia plebis auch durchzusetzen, wurde durch die XII Tafeln zwar eingeschränkt. Kapitalprozesse wurden hinfort dem comitiatus maximus vorbehalten. Aber im übrigen verblieb den concilia plebis der tribunizische Multprozeß.

Würden schon diese Reformen genügen, um zu beweisen, daß das Werk der Dezemvirn die Wünsche der

Plebs, ja auch der Mehrzahl aller Volksgenossen befriedigt hatte und abgesehen von einigen zur Zeit noch unerfüllbaren Wünschen (wie die vollständige Gleichstellung aller Bürger in familienrechtlicher Beziehung[1]) im conubium, im Familien- und Geschlechterrecht) die Mehrzahl befriedigen mußte, so noch mehr das, was sich als Resultat über die Verfassungsreformen ergeben hat. Hierüber steht fest und ist nicht nur hypothetisch anzunehmen, daß durch die Dezemvirn die plebejischen Vorrechte und die plebejischen Sonderbeamten in das allgemeine Staatsrecht eingefügt worden sind. Die concilia plebis wurden nicht beseitigt, sondern erhielten staatliche Funktionen. Die Volkstribune wie die Ädilen sollten nach wie vor in concilia plebis erwählt werden. Die Zahl[2]) der Tribunen wurde auf zehn erhöht, und diese leiteten in den concilia plebis den Multprozeß. Sie verteidigten ihren verurteilenden Spruch im Kapitalprozeß vor den Zenturiatkomitien.

Noch wichtiger ist, daß die aediles plebis nunmehr ihre Sonderstellung als plebejische Beamte verloren und staatliche Kompetenzen erhielten, die sie aber von dem Senat abhängig machten. Mit diesen Neuerungen für Volkstribunen und Ädilen sind aber eng verbunden die Veränderungen, welche noch sonst in der Staatsverwaltung eingetreten sind, die bezweckten, den Senat nicht nur an die Spitze der Verwaltung zu setzen, sondern sogar über die Magistratur zu stellen und so die Allgewalt[3]) des konsularischen imperium zu begrenzen.

Bekannt ist, daß seit den Dezemvirn die früheren Militärobersten (praetores) den Amtsnamen consules[4]) erhalten haben. Sie sollten weniger Heerführer, als die mit dem Senat sich beratenden Beamten sein.

---

[1]) Cicero, de re publica 2, 37, 62, legt in tendenziöser Absicht ein zu großes Gewicht auf die Vorenthaltung des Konubiums.

[2]) Schwerlich ist dies, wie die jüngere Annalistik berichtet, schon 457 v. Chr. geschehen.

[3]) Bini sunto regio imperio, qui rem publicam regant. Cicero de legibus 3.

[4]) consul, consol verwandt mit solium pöller, Säule solea, der zusammen mit andern, den Kollegen oder dem Senat zur Beratung Zusammensitzende.

Aber dieser Wechsel im Amtstitel war mehr als eine bloße äußerliche Änderung. Seit dem Dezemvirat waren die quaestores[1]) aerarii nicht mehr Mandatare der Konsuln. Sie waren vom Senat abhängig. Nur durch ein S.C. ermächtigt, durften sie Zahlungen aus dem Ärar machen. Ohne dieses selbst nicht an die Konsuln.

Die Einführung einer Zensusordnung und die offenbar schon von den Dezemvirn geplante Einsetzung eigener Zensoren beschränkte gleichfalls die Machtfülle der Konsuln durch den Senat. Denn die Zensoren waren bei allen finanziellen Anordnungen, bei den Entscheidungen über Staatsgut und Staatsleistungen vom Senat abhängig.

Endlich hat die Ersetzung der zwei Konsuln durch eine Mehrzahl von Oberbeamten (3—6), durch die tribuni militum consulari potestate, die Allgewalt des konsularischen Amtes noch weiter geschmälert.

Es darf also nicht weiter bezweifelt werden, daß in dieser Beschränkung der konsularischen Amtsgewalt und durch die Verteilung ihrer Funktionen auf zahlreiche Beamtenkollegien, die vom Senat abhängig waren, ein wichtiger Teil der Verfassungsänderungen der Dezemvirn bestanden hat.

Quästoren, Zensoren, Volkstribunen und Ädilen wurden mit mannigfachen staatlichen Funktionen ausgestattet und zu vielen Geschäften beauftragt, welche bisher selbstherrlich durch die Konsuln ausgeführt worden waren, während diese neuen Beamtenkollegien, in allen wichtigen Entscheidungen durch Gesetz beschränkt, an die Weisungen des Senats gebunden waren.

---

[1]) Die Frage, seit wann die Quästoren vom Volke gewählt, seit wann sie in comitia tributa ernannt worden sind, ist dahin zu beantworten, daß ihre Wahl in comitia tributa erst geschah seitdem diese eingeführt waren und die Prätoren das Recht erhalten hatten, die Wahl aller niederen Magistrate vorzunehmen. Vgl. Philologus 1916, 529f. 532f. Andererseits ist wohl nicht zu bezweifeln (trotz der abweichenden Angabe von Gracchanus), daß die quaestores parricidii wie die duumviri nur ad hoc bei einem Kapitalprozeß von dem Beamten, nicht vom Volk ernannt sind. Seit dem Dezemvirat waren die Quästoren sicherlich Jahresbeamte. Sie wurden damals höchstwahrscheinlich von den Konsuln auf Jahresfrist ernannt. S. E. D. S. 533.

III.

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß es mehr als unvernünftig wäre, anzunehmen, daß die Dezemviralgesetzgebung den Zorn der Plebs derartig erregt habe, daß sie zu einer zweiten secessio geschritten wären und die Dezemvirn gewaltsam aus ihrem Amte entfernt hätten. Mögen einzelne Bestimmungen des neuen Gesetzbuches manchen Plebejern nicht radikal genug erschienen sein, mochten manche Kreise vielleicht die Forderungen aufgestellt haben, von denen Diodor redet, daß einer der Konsuln aus den Plebejern genommen werden solle: Wahnsinn wäre es gewesen, die Plebs zu einer neuen Sezession aufzureizen, wo sie durch die neue Gesetzgebung bereits mehr erhielt, als sie wohl je gehofft hätte.

Wenn die Plebs eine neue secessio unternommen hat, so kann diese allein zum Schutz der XII Tafeln, nicht gegen die Dezemvirn gerichtet gewesen sein. Damit ist nun allerdings ein Ergebnis gefunden, welches der ganzen übrigen annalistischen Überlieferung schnurstracks widerspricht oder zu widersprechen scheint. Es ist dabei notwendig geworden, sich mit dieser auseinanderzusetzen und — wo ein Ausgleich unmöglich ist — eine Erklärung für sie zu geben und den Ursprung einer abweichenden Tradition nachzuweisen. Vorab sei hierbei auf zwei Zeugnisse ersten Ranges hingewiesen, welche das obige Ergebnis bestätigen.

Das erste ist die bekannte Angabe, die noch von keiner Seite beanstandet worden ist, daß die zweiten Dezemvirn — trotz 1½jähriger Wirksamkeit — nicht imstande gewesen sein sollen, die beiden letzten Tafeln zu vollenden und sie zu publizieren. Erst die nach ihrem Rücktritt gewählten Konsuln haben sie abgeschlossen und veröffentlicht.[1])

Hieraus geht klar der Gegensatz hervor, der zwischen den Dezemvirn und den Führern der patrizischen Partei bestanden hat. Ja, es müßte wundernehmen, wenn die

---

[1]) So Diodor XII 26, der hierbei allein Glauben verdient, während Livius 3, 37 und Dionys XII 59 beide Tafeln bereits von den zweiten Dezemvirn hinzugefügt sein lassen.

neuen Konsuln nicht im Auftrag oder auf Antrieb der letzteren Veränderungen, Abstriche oder Ergänzungen vorgenommen hätten.

Nicht minder ergibt sich aus der Nachricht[1]), daß die Konsuln Valerius und Horatius den Rücktritt der Dezemvirn erzwungen haben sollen, der gleiche Gegensatz zwischen diesen und den Führern des Patriziats.

Endlich ist hervorzuheben, daß das autonome Grundgesetz der Plebs nichts forderte, was den Neuordnungen der Dezemvirn widersprach. Es lautet, wie erwähnt, bekanntlich: ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris[2]) nocuisset eius caput Iovi sacrum esset familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venumiret. Die Dezemvirn hatten aber, wie nachgewiesen, weder das Tribunat noch die Ädilität beseitigen wollen, vielmehr beide in den Organismus der Staatsverwaltung eingefügt. Die Einführung des neugeordneten Zivilprozesses war das Verdienst der Dezemvirn.[3])

Während nun diese drei Zeugnisse das vorher gefundene Ergebnis, daß nicht die Plebs die Dezemvirn gestürzt habe, unzweideutig bestätigen, erzählt die herkömmliche Sage, daß die Plebs in einer zweiten secessio sich gegen die Dezemvirn empört und ihren Rücktritt erzwungen habe, während Valerius und Horatius die gerechten Forderungen der Plebs beachtet und dementsprechend ihre volksfreundlichen Gesetze eingebracht hätten.

Wie ist diese Tradition entstanden?

Soweit die späteren romanhaften Schilderungen des Livius auf Tubero und Licinius Macer beruhen, so dürfen

---

[1]) Liv. 3, 54, 2. profecti cum mandata plebis patribus exposuissent, alii decemviri, quando quidem praeter spem ipsorum supplicii sui nulla mentio fieret, haud quicquam abnuere; Appius truci ingenio et invidua praecipua odium in se aliorum suo in eos metiens odio „haud ignoro" inquit . . . . . „nihil ne ego quidem moror, quo minus decemviratu abeam". Factum senatus consultum, ut decemviri se primo quoque tempore magistratu abdicarent, Q. Furius pontifex maximus tribunos plebis crearet.

[2]) Über diese Decemviri wird unten gehandelt werden.

[3]) Allerdings sind decemviri stlitibus iudicandis nach Wissowa erst später konstituiert. Doch solange das Grundgesetz der Plebs anerkannt bleibt, muß ein verwandtes Kollegialgericht schon 305 eingesetzt sein.

diese hier beiseite gelassen werden. Denn die Elemente einer völlig abweichenden Geschichtsbildung sind weit älter.

Cicero, de re publica 2, 37, 62 gibt uns nach Polybius 6. Buch, und nach einem älteren Annalisten des 2. Jahrhunderts[1]) einen Bericht, der noch nichts von dem anekdotenhaften Beiwerk bietet, wie das später bei Livius (vgl. Soltau, Livius' Geschichtswerk 95ff.) der Fall ist. Auch nach jener älteren Version waren die ersten Dezemvirn vortreffliche Männer, die selbst in der provokationslosen Zeit das Recht hochhielten und, wie es das Beispiel des C. Julius zeigte (Cicero, de re publ. 2, 36, 61), nach den von ihnen gegebenen Gesetzen verfahren sind und die Provokation zuließen. Dagegen sollen die zweiten Dezemvirn durch Willkür und schändliche Lüste das Volk gegen sich erregt haben. Die ungerechte Entscheidung im Prozeß der Verginia soll dann die Wut der Plebejer entfesselt und die zweite secessio hervorgerufen haben.

Über die Genesis dieses Berichtes ward von mir „Anfänge der römischen Geschichtschreibung" gezeigt, wie die Verginiaanekdote keine alte Volkssage, sondern ein ätiologischer Mythus sei, in der Absicht erfunden, den Groll der Plebs gegen die Dezemvirn zu motivieren und einen Anlaß für die zweite secessio ausfindig zu machen.

Aber die Künstlichkeit dieser Erfindung, die sensationelle Ermordung der Verginia durch den eigenen Vater, zeigt klar die tendenziöse Absicht der Berichterstattung. Die pontifices, welche wohl nicht gleichzeitig, sondern nach Flavius[2]) in parteiischer Weise die Geschichte der ständischen Kämpfe schrieben, haben hier den wirklichen Vorgang verfälscht.

In „Anfänge der römischen Geschichtschreibung" führte ich aus S. 99ff.: Die Schilderung der willkürlichen Akte der zweiten Dezemvirn erinnert in ihrer Allgemeinheit und Phrasenhaftigkeit durchaus an die Art und Weise, wie Xenophon Hellenica II 3, 11ff. das Treiben der 30 Tyrannen beschreibt (vgl. Liv. 3, 36, 5). Die Einigkeit der 30 ist das

[1]) Voraussichtlich nach Piso. Vgl. Philologus 1897.

[2]) Vgl. die Rekonstruktion des pontifikalen Stadtbuches.

Vorbild für die Art und Weise, wie das Zusammenhalten der Dezemvirn von den römischen Annalisten dargestellt ist. Die hochverräterische Absonderung des Appius und seine Führerrolle ist dem Verfahren des Kritias nachgebildet, während M. Horatius, Liv. 3, 39, das Haupt der gemäßigten Opposition, eher dem Theramenes vergleichbar ist. Älter als diese den griechischen Historikern nachgebildeten Berichte sind allerdings zwei Episoden, welche auch Cicero, de re publica bietet und welche nicht so einfach als schriftstellerische Erfindungen abgetan werden dürfen: die Erzählungen vom Dezemvir C. Julius und von der Verginia, die offenbar schon früh einander gegenübergestellt worden sind, nicht um dichterisch zu schildern, sondern um juristisch zu exemplifizieren. Ist nun der erste Fall fiktiv, so auch der zweite. Es geht nicht an, allein den zweiten für historisch zu halten, zumal gerade bei ihm nach Cicero der besondere Anlaß zu seiner Erfindung vorliegt. Der Hauptvorwurf, welchen Cicero, de re publ. 2, 37, 62 gegen die von dem zweiten Dezemviralkollegium veröffentlichten Tafeln erhebt, war ja der, daß etiam quae diiunctis populis tribui solent conubia, haec illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt quae postea plebei scito Canuleio abrogata est.

Die tendenziöse Verdrehung der Wirklichkeit durch die pontifikale Geschichtsdarstellung leuchtet schon aus den Anfängen des dann folgenden Konsulatsjahres bei Liv. 3, 55 hervor: Per integrum deinde consules creati M. Valerius M. Horatius, quorum consulatus popularis sine ulla patrum iniuria, nec sine offensione fuit: quidquid enim libertati plebis caveretur, id suis decedere opibus credebant. Merkwürdig ist auch die Notiz, daß vorher der pontifex maximus die Tribunenwahl vorgenommen habe. Hier zeigt sich, wer den Rücktritt der Dezemvirn erzwungen hat, wer ihre Hauptgegner gewesen sind: die patrizischen gentes unter Leitung des pontifex maximus.

Es entspricht dieses durchaus dem, was wir von einer priesterlichen Schilderung der Vergangenheit vermuten dürfen. Sie wälzten die Schuld von der eigenen Partei ab und schoben sie ihrer Gegenpartei zu. Daher verleumdeten sie

die zweiten Dezemvirn, welche durch ihre verständigen staatlichen Reformen das Gebäude des alten Priesterstaates zu zerstören drohten.

Dabei reinigten sie sich nicht nur von dem Makel, die wohltätige Reform durchkreuzt zu haben, sondern auch von dem Tadel, daß sie es gewesen waren, welche die Plebs zu einer erneuten Revolution veranlaßt hatten. Nicht die patrizische Partei, sondern die zweiten Dezemvirn sollten die Schuldigen sein. Dagegen die Führer des Adels, Valerius und Horatius, sollten sogar die aufgeregte Masse wieder beruhigt haben.

Die einzelnen Tatsachen jener großen Bewegung hat das pontifikale Lügengewebe zugedeckt. Aber selbst das Märchen von der Verginia hat nicht hingereicht, um die Wahrheit darüber zu verhüllen, was die latinische Bauernschaft erstrebt hat und was weitschauende Patrioten durch eine weise Gesetzgebung erzielt und erreicht haben, um den inneren Frieden wiederherzustellen.

IV.

Das hier gefundene Ergebnis, daß die Dezemvirn nicht durch die Plebs, sondern durch den Adel gestürzt worden sind, wird noch durch eine fast urkundliche Angabe bestätigt. Wenn irgend etwas alt und gut bezeugt ist, so ist es der bereits oben mehrfach erwähnte Wortlaut der lex sacrata, sei es nun, daß sie schon bei der Stiftung des Tribunats so formuliert ward, sei es, daß sie bei der zweiten secessio so festgestellt ist, wie sie bei Livius 3, 55 überliefert ist: ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset eius caput sacrum esset.

Bereits früher ward erkannt, daß es unmöglich sei, iudicibus decemviris zusammen als Bezeichnung einer Gattung von Beamten anzusehen. Nie ist in Rom die Bezeichnung des Kollegiums nach seiner Mitgliederzahl dem Amtsbegriff, der Qualität der Amtstätigkeit nachgestellt.[1]

Iudices sind, wie jeder weiß, die Geschworenen im Zivilprozeß. Mögen dieselben schon durch die erste secessio ge-

---

[1]) So richtig Kübler bei Wissowa, decemviri.

fordert und in Tätigkeit versetzt sein: sicher sind sie seit den XII Tafeln durch die legis actiones in den Zivilprozeß gesetzlich eingeführt worden. Die seitdem bestehende Trennung von iurisdictio und dem Verfahren in iure durch Geschworene bildete die Grundlage der bürgerlichen Freiheiten. Wer die iudices antastete, sollte ebenso verfehmt sein wie der, welcher sich an den Tribunen vergriff.

Wer waren aber die Dezemvirn? Man hat wohl an die decemviri stlitibus iudicandis gedacht. Sicherlich aber mit Unrecht.

Nach der guten pontifikalen Überlieferung ist das Kollegium der Dezemviri stlitibus iudicandis erst nach der Gründung der Peregrinenprätur[1]) entstanden. Das Kollegium stand an der Spitze des Zentumviralgerichts.

Selbst wenn es aber bereits früher existiert hätte[2]), so hätte bei dem Grundgesetz der Plebs nicht an jenes untergeordnete Kollegium gedacht sein können.

Wohl aber paßt es außerordentlich gut in den Zusammenhang, daß neben der Unverletzlichkeit der iudices diejenige der Gesetzgeber genannt wurde, welchen die Plebs ihren freiheitlichen Zivilprozeß verdankte. Das erkannte bereits Hartmann.[3]) Aber er blieb mit seiner Deutung allein, ja, er mußte so lange mit dieser Interpretation vereinzelt bleiben, wie die Dezemvirn als Hauptgegner der Plebs hingestellt werden konnten.

Nachdem diese Tendenzlüge der pontifikalen Geschichtschreibung beseitigt ward, ist klar, daß nur sie in jenem Grundgesetz der Plebs gemeint sein können.

Den Bestrebungen, decemviri umzudeuten, reihen sich die Versuche antiker Dilettanten würdig an, die iudices als consules zu fassen suchten.

Ein Kenner des römischen Staatsrechts kann derartiges nicht behauptet haben. Nachdem die würdigen Gesetzgeber

[1]) 242 v. Chr. Vgl. Wissowa IV 2260. Inschriftlich zuerst erwähnt um 139 v. Chr.

[2]) Vgl. Kübler, Wissowa decemviri, der die hypothetischen Ansätze über eine frühere Existenz aufzählt, tadelt mit Recht das willkürliche Verfahren moderner Forscher, vgl. Realenzyklopädie V Wissowa 2261.

[3]) Ordo iudiciorum 282, 555. Auch Zumpt, Röm. Kriminalrecht I 2, 23f. neigt dazu. Vgl. auch Mommsen, Röm. Staatsrecht III 605.

der XII Tafeln aus dem Grundgesetz der Plebs eliminiert waren, konnte man leichtfertig noch einen Schritt weiter gehen und der Plebs zutrauen, daß sie auch gegen die Dezemvirn für die Erklärung der iudices als Konsuln, also für den Konsulat und für die Friedensstifter Valerius und Horatius eingetreten seien.[1]) Wer hierin nicht die Tendenzgeschichtschreibung der pontifices erkennt, dem ist nicht zu helfen.[2])

[1]) Vgl. Liv. 3, 55, 7f.; Wissowa 2261.

[2]) Auch die richtige Chronologie des Dezemvirats läßt sich nach Entfernung der tendenziösen Entstellungen jetzt wiederherstellen. Die Konsuln von 302 traten gewiß nicht vor der Zeit zurück, um einem Dezemviralkollegium Platz zu machen. Es gab keine „guten" und keine „bösen" Dezemvirn. Nur ein Dezemviralkollegium hat existiert, das über ein Jahr hinaus fungierte, nicht in ungesetzlicher Bosheit, sondern zum Abschluß der letzten beiden Tafeln sieben Monate über das Jahr 304 hinaus im Amt verblieb. Dieses wurde durch die Patrizier zum Rücktritt gezwungen, aber geschützt durch die lex sacrata, welche die Plebs in der zweiten secessio votiert hatte. Der Beweis im einzelnen muß einer anderen Stelle vorbehalten bleiben.

II.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Bonn.

V.[1])

Über Ergänzung des Theodosianus aus dem Justinianus.

Die Herausgeber von Schriften des Altertums, welche durch Handschriften derselben nur lückenhaft überliefert sind, haben es für eine Hauptaufgabe gehalten, wenn neben der unmittelbaren Überlieferung noch Auszüge aus diesen Schriften auf uns gekommen sind, diese zur Ausfüllung vorhandener Lücken und damit zur Wiederherstellung des Ganzen zu verwenden. So auch bei unseren juristischen Quellen-

[1]) Vgl. Bd. 34 S. 1f., Bd. 37 S. 88f. dieser Zeitschrift.

werken; man braucht nur hinzuweisen auf die Justinianischen Gesetzbücher, auf Gai Institutiones und Pauli Sententiae. Begreiflicherweise hat man davon abgesehen bei Werken, welche in so dürftigen Resten überliefert sind, daß die Ergänzungen, welche aus selbständigen Sammlungen geschöpft werden konnten, den unmittelbar überlieferten Text vollständig erdrücken würden.

War dies nun auch für den Theodosianus gerechtfertigt, trotzdem feststeht, daß der Justinianische Kodex aus ihm die Gesetze Konstantins I und seiner Nachfolger bis 437 geschöpft hat? Vom Theodosianus ist kaum ein Fünftel nicht unmittelbar auf uns gekommen, und wenn wir die Überlieferung des westgotischen Auszugs als unmittelbare Überlieferung gelten lassen, so bleibt ein noch kleinerer Bruchteil übrig. Trotzdem glaubten die bisherigen Herausgeber auf die Ergänzung aus dem Justinianus verzichten zu dürfen, während sie alle anderwärts erhaltenen Auszüge zur Ergänzung heranzogen; nur wenn eine Konstitution verstümmelt auf uns gekommen ist, wurde auch der Justinianus zur Wiederherstellung benutzt.[1])

Das nächstliegende Bedenken war wohl, daß der Justinianus den Text des Theodosianus nicht unverändert aufgenommen hat, daß also die Gefahr vorliegt, in den Ergänzungen aus demselben justinianische Fassung statt der ursprünglichen in den Theodosianus hineinzutragen. Das gleiche Bedenken würde gegen die Benutzung der justinianischen Quellen zur Ergänzung aller älteren Werke sprechen; es hätte auch gegen die Ergänzung der justinianischen Gesetzbücher aus den byzantinischen Rechtsquellen geltend gemacht werden können. Dazu kommt, daß die gedachte Gefahr beim Theodosianus weniger als bei den anderen Quellen gegeben ist; die Vergleichung der überlieferten Teile derselben mit dem Justinianus zeigt, daß gegenüber dem Theodosianus weniger Änderungen vorgenommen wurden als gegenüber den sonst von den justinianischen Kompilatoren benutzten Quellen, daß die Änderungen auch vorwiegend dem Wortlaut, nicht dem sachlichen Inhalt der

[1]) So z. B. die umfangreiche Konstitution Just. 5, 37, 22 als Ergänzung des kleinen Bruchstücks Th. 3, 30, 3.

Konstitutionen gegolten haben. Letzteres ist meist nur in der Weise geschehen, daß man zur Abkürzung der Sammlung mehrere Konstitutionen miteinander verschmolzen hat[1]), und zwar fast ausschließlich solche, welche sämtlich dem Theodosianus angehörten.[2]) Die Ergänzung aus dem Justinianus bringt also nur die Gefahr mit sich, justinianischen Wortlaut mit dem theodosianischen zu verwechseln und den in der Inskription der Konstitutionen genannten Kaisern einzelne Bestimmungen unterzuschieben, welche von anderen Kaisern getroffen worden. Gleichen Gefahren ist man aber auch bei Benutzung des echten Theodosianus ausgesetzt; der Kommission, welche mit der Abfassung des Gesetzbuches betraut worden, war die Ermächtigung zu solchen Änderungen des ursprünglichen Wortlautes gegeben[3]), und von dieser Ermächtigung ist auch Gebrauch gemacht worden.[4]) Außerdem kann in der Ausgabe des Theodosianus durch Wiedergabe der Ergänzungen in besonderer Schriftgattung auf die gedachte Möglichkeit aufmerksam gemacht werden.

Andere Bedenken und Schwierigkeiten erwachsen der Ergänzung aus dem Justinianus dadurch, daß die beiden Gesetzbücher in der Einteilung des Stoffes wesentlich voneinander abweichen, in der Bücher- und Titelfolge und insbesondere in der Einordnung der Konstitutionen in die Titel. Trotzdem überwiegt die Übereinstimmung in solchem Maße, daß ein Versuch der Ergänzung lockend erscheinen sollte und sich dem Herausgeber geradezu aufdrängen muß.

Für die Unterbringung der im Theodosianus noch fehlenden Konstitutionen des Justinianus gilt es zunächst festzustellen, wo Lücken in der Überlieferung des Theodosianus

---

[1]) Vgl. meine Ausgabe S. XXVII und die Randbemerkungen zu den einzelnen Konstitutionen.

[2]) Als Änderungen auf Grund von Gesetzen nach 438 erweisen sich die Zusätze zum Theodosianus im Justinianus 4, 20, 11 § 1; 4, 37, 14 a. E.; 6, 38, 8 Schluß.

[3]) Theod. 1, 1, 6 § 1: *adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem.*

[4]) Vgl. Krüger, Geschichte der Quellen S. 326; Mommsen, Vorrede zum Theodosianus S. CXIXf.

vorliegen. Am stärksten ist davon betroffen der Anfang bis 6, 2, 11. Für Buch 9—16 haben wir in dem Vaticanus reg. 886 (*V*) eine fast unversehrte Handschrift. Eine Lücke, welche in der Mitte des 16. Buchs durch Ausfall von 12 Blättern hervorgerufen worden, ergänzt die Breviarhandschrift von Ivrea (*E*), in welcher die vom Breviar weggelassenen Stücke aus dem vollständigen Theodosianus nachgetragen sind, zum Teil auch der Turiner Palimpsest (*T*) und der Vaticanus 5766 (*W*). Ebenso kennen wir aus *E* den Schluß desselben Buchs, der in *V* mit dessen Schlußblättern verlorengegangen ist. Die Lücken von Buch 6—8 im Parisinus 9643 (*R*) werden größtenteils durch *T* und durch das Breviar ergänzt.

Das weiteste Feld für Ergänzungen bieten also die ersten 5 Bücher. Für die erste Hälfte von Buch I hat der Ambrosianus C 29 inf. (*A*) reiche Nachträge aus dem vollständigen Theodosianus geliefert; für alle 5 Bücher bieten noch die erhaltenen Blätter von *T* einige Aushilfe; im übrigen beschränkt sich die unmittelbare Überlieferung fast ganz auf die dürftigen Auszüge des Breviars.

So weit der Grundstock, in welchen die Ergänzungen eingepaßt werden müssen. Geht man nun davon aus, daß die handschriftlich lückenlos überlieferten Teile vollständig seien und Einschiebungen in ihren Zusammenhang ausschließen, so wird man für die Unterbringung vieler Konstitutionen des Justinianus auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. Manche derselben, welche ihrem Inhalt nach auf Buch 6—16 weisen, können nicht wohl in die ersten Bücher einbezogen werden. Es ist deshalb zu prüfen, ob wir trotzdem darauf angewiesen sind, ihnen hier eine mehr oder weniger passende Stelle zu suchen, oder ob nicht Schreiberversehen den Ausfall von Konstitutionen oder gar von ganzen Titeln in den letzten elf Büchern veranlaßt haben.

Außergewöhnlich ist namentlich das erstere nicht; ein Überspringen auf die nächste ganz oder fast gleichlautend anfangende Inskription[1]) ist ein Fehler, der auch in den

[1]) So z. B. namentlich die vielen Anfänge mit *Idem A.* (oder *AA.*), mit *Imp. Constantinus* und *Imp. Constantius*, *Impp. Valentinianus et Valens* und *Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus* usw.

Handschriften der justinianischen Rechtsbücher vielfach begegnet. Daß er in *V* vorkommt, ist bereits für 13, 11, 2 durch *T* festgestellt. Für letztere Handschrift ergibt sich der gleiche Fehler bei Vergleichung mit *R* daraus, daß *T* auf Blatt 24 die Konstitutionen, welche in *R* 8, 5, 55—59 ausmachen, als 54—58 zählt, während auf dem voraufgehenden Blatt die Zahlen 36—39 mit *R* stimmen. Daß auch in *R* Konstitutionen durch Schreiberversehen ausgefallen sind, ist bisher nicht bemerkt worden, zeigt aber gerade eine nicht abzuweisende Ergänzung aus dem Justinianus. Titel 6, 35 schließt in *R* hinter c. 14 aus dem Jahre 423 mit einer Konstitution Konstantins aus dem Jahre 320 (richtiger 326), welche im Justinianus 12, 30 die Rubrik hat *de castrensi omnium palatinorum peculio.* Daß diese in *R* ausgefallen ist, hat schon Gothofredus hervorgehoben; aber damit ist die Auslassung nicht erschöpft; es fehlt noch die zum vorhergehenden Titel *(de privilegiis eorum, qui in sacro palatio militant)* gehörige Konstitution, welche im Justinianus als c. 2 unter die Rubrik 12, 5 *de praepositis sacri cubiculi et de omnibus cubiculariis et privilegiis eorum* einbezogen worden. Zum Titel des Theodosianus 6, 8 *de praepositis sacri cubiculi* gehört sie nicht. Dieser handelt entsprechend der Anordnung des Buchs nur von den Vorstehern des Hofamts; erst um der jüngeren Konstitutionen von Leo und Anastasius willen, welche sich auf alle *cubicularii* beziehen, ist c. 2 mit ihnen und c. 1 vereinigt und dementsprechend die Rubrik erweitert worden. In den theodosianischen Titel paßt sie ihrem Inhalt nach und gehört als jüngste an den Schluß des Titels.[1])

Unbedenklich dürfen Ergänzungen aus dem Justinianus in die durch den Ambrosianus aus dem Theodosianus ergänzten Titel 4—16 des ersten Buchs eingeschoben werden. Daß die Ergänzungen des Ambrosianus unvollständig sind ist durch die Turiner Bruchstücke erwiesen.[2])

---

[1]) Bekannt ist die Lückenhaftigkeit der Notitia zu 6, 30, 7 in *R*; am Schluß des Titels könnten Just. 12, 23, 12—14 zu ergänzen sein.

[2]) In *A* fehlen 1, 5, 6 und 12. Daß auch 1, 16, 8 und 12 vermißt werden, könnte darauf zurückgehen, daß schon von 1, 16, 7 ab der benutzte Text des Theodosianus versagte.

Ganze Titel sind bekanntlich in den nur durch das Breviar überlieferten Abschnitten reichlich ausgefallen. Für die Ergänzung des ersten Buchs kommt neben *T* und *A* insbesondere ein Verzeichnis in Betracht, welches auf dem letzten Blatt des Parisinus 4413 unter der Überschrift *de nomina officialium qui curam gerebant antiquo iure in Romam* 16 Rubriken zusammenstellt. Daß es dem Theodosianus entnommen ist, zeigt die Übereinstimmung mit den sonst überlieferten Titelrubriken des ersten Buchs (sie entsprechen den Rubriken 6—8. 10. 11. 13—19. 28. 30. 32—34 der Mommsenschen Ausgabe); insbesondere erweist sich aus gemeinsamen Fehlern und Zusätzen, daß es mit dem in *A* stehenden Titelverzeichnis desselben Buchs die gleiche Quelle hat. Lücken desselben weist obige Aufzählung auf. Für Buch 2—16 ist der Ausfall von ganzen Titeln in den unversehrten Teilen der Handschriften des Theodosianus bisher nicht hervorgetreten.

Ist demnach auch für die letzten zwei Drittel des Theodosianus die Einschiebung von Konstitutionen nicht ausgeschlossen, so ist andererseits zu berücksichtigen, daß manche Konstitutionen, welche ihrem Inhalt und ihrer Stellung nach in diese passen würden, doch aus dem ersten Drittel entlehnt sein können. Diese Möglichkeit ergibt sich daraus, daß die justinianischen Kompilatoren eingreifende Änderungen in der Verteilung des Stoffes auf die Bücher und Titel vorgenommen haben.[1] Bedingt war dies hinsichtlich der Titel insbesondere durch die Verschmelzung des Theodosianus mit den früheren Sammlungen und den späteren Gesetzen. Größere Titelmassen des Gregorianus machen im Theodosianus wegen Mangels an Stoff nur einen oder wenige Titel aus[2]), andere Titel wurden neu gebildet[3]);

[1]) Man vergleiche die Zusammenstellung bei Mommsen S. XIII bis XXVII, welche freilich nach anderen Gesichtspunkten gemacht ist und insofern nur ein unvollkommenes Bild des Gegensatzes ergibt.

[2]) Vgl. z. B. Th. 2, 16 de integri restitutione mit Just. (dessen Quelle der Gregorianus ist) 2, 21—53, die drei Titel über Vormundschaft im Th. 5, 17—19 mit Just. 5, 28—75.

[3]) So sind die justinianischen Titel 11, 48. 59. 65. 75 aus einer ganzen Reihe von Titeln zusammengeflickt; über 11, 59 vgl. Bd. 34 S. 4.

zahlreiche Konstitutionen wurden in verwandte Titel versetzt.[1]) Wie Konstitutionen der ersten 5 Bücher des Theodosianus davon betroffen wurden, mag aus folgendem entnommen werden:

Th. 1, 6 *(de officio praefecti urbi)*, 1 = J. 7, 62 *(de appellationibus)*, 23
Th. 1, 6, 9 = J. 9, 29 *(de crimine sacrilegii)*, 2
Th. 1, 16 *(de officio rectoris prouinciae)*, 3 = J. 7, 49 *(de poena iudicis qui male iudicavit)*, 2
Th. 1, 16, 8 = J. 3, 3 *(de pedaneis iudicibus)*, 5
Th. 1, 32 *(de procuratoribus gynaecei)*, 1 = J. 11, 8 *(de murilegulis et gynaeceariis)*, 1
Th. 1, 32, 5 = J. 11, 7 *(de metallariis)*, 4
Th. 2, 1 *(de iurisdictione)*, 7 = J. 12, 1 *(de dignitatibus)*, 13 [= J. 10, 40 *(de incolis)*, 9]
Th. 2, 1, 8 = J. 8, 4 *(unde vi)*, 8 + 9, 37 *(de abigeis)*, 1 + 9, 2 *(de accusationibus)*, 16
Th. 2, 4 *(de denuntiationibus)*, 1 = J. 3, 40 *(si ex pluribus tutoribus)*, 2
Th. 2, 26 *(finium regundorum)*, 1 fin. = J. 8, 4 *(unde vi)*, 5
Th. 3, 2 *(de commissoria rescindenda)*, 1 = J. 8, 34 *(de pactis pignorum et de commissoria lege rescindenda)*, 3
Th. 3, 32 *(de praediis minorum sine decreto non alienandis)*, 2 = J. 7, 62 *(de appellationibus)*, 17
Th. 4, 4 *(de testamentis)*, 2 = J. 9, 22 *(ad legem Corneliam de falsis)*, 24
Th. 4, 10 *(de libertis et eorum liberis)*, 2 = J. 9, 2 *(de accusationibus)*, 16
Th. 4, 23 *(utrubi)*, 1 = J. 11, 48 *(de agricolis censitis vel colonis)*, 14
Th. 5, 18 *(de colonis et inquilinis)*, 1 § 4 = J. 11, 48, 16.

Bei denjenigen Konstitutionen des Justinianus, welche mit anderen ursprünglich zusammenhingen (iungendae), wird man trotz des inhaltlichen Zusammenhanges Bedenken tragen, sie in einem Titel zusammenzustellen, da anzuneh-

[1]) In Just. 4, 20 sind c. 9—12 aus vier verschiedenen Titeln eingeschoben.

men ist, daß die Zerstückelung dieser Konstitutionen, wofern sie nicht erst justinianischen Ursprungs ist, gerade zu dem Zweck vorgenommen worden, um die Teile verschiedenen Titeln zuzuweisen. Wo aber nicht anders zu helfen ist, muß auch dies Bedenken aufgegeben werden; es liegen reichlich Beispiele dafür vor, daß die Teilstücke beim Abschluß des Gesetzbuchs wieder, wenn auch als selbständige Konstitutionen, zusammengeraten sind. Es genügt auf den Titel 12, 1 des Theodosianus hinzuweisen, in welchem folgende Konstitutionen als Bruchstücke nebeneinanderstehen: c. 19. 20; c. 25. 26; c. 56—60; c. 81. 82; c. 99. 100; c. 130—132; c. 141—145; c. 153—156; c. 164. 165; c. 178. 179; c. 185. 186; c. 189. 190. Selbst solche gleichen Inhalts, ja gleichen Wortlauts (geminae) stehen zusammen, wie c. 140 = 148. 143 = 144, vgl. 6, 30, 8 = 9. Letzteres beruht natürlich auf Versehen der Kommission; ersteres erklärt sich daraus, daß man nachträglich weitere entsprechende Titel nicht gebildet oder gefunden hat.

Des weiteren bedarf es der zeitlichen Abgrenzung zwischen Theodosianus und Hermogenianus auf der einen, zwischen Theodosianus und den Novellen auf der anderen Seite. Der Auftrag der Kommission ging in ersterer Beziehung auf Sammlung der ediktalen Konstitutionen seit Konstantin I. Daß damit nicht alle Edikte desselben gemeint waren, sondern eine gewisse Zeitgrenze eingehalten werden sollte, zeigt sich darin, daß keine Konstitutionen vor dem Jahre 313 aufgenommen sind. Die früheren Gesetze Konstantins im Justinianus stammen aus dem Hermogenianus. Die Gesetze von Licinius sind fast durchweg beiseite gelassen; in den wenigen, welche aufgenommen worden, ist die Inskription *impp. Constantinus et Licinius AA.* in *imp. Constantinus A.* umgewandelt.[1]) Der zeitliche Abschluß nach der anderen Seite ist durch die Konstitution *de Theodosiani Codicis auctoritate* vom 20. Dezember 438 gegeben. Nach beiden Seiten erwachsen Schwierigkeiten für Ergänzung derjenigen Konstitutionen, deren Zeitangabe für den Justinianus nicht überliefert ist; doch läßt sich das Jahr des Er-

[1]) Die Ausnahmen im Just. 3, 1, 8. 6, 1, 37. 7, 16, 41. 7, 22, 3 stammen ebenfalls aus dem Hermogenianus.

lasses meist aus der Person des Adressaten annähernd bestimmen.[1])

Eine vollständige Ergänzung des Theodosianus aus dem Justinianus ist nicht zu gewinnen; letzterer hat diejenigen Konstitutionen weggelassen, welche in der Folge außer Kraft getreten waren, andere sind als überflüssig ausgeschlossen worden. Für die zu ergänzenden Konstitutionen ist nach dem oben S. 25 Ausgeführten nicht immer volle Sicherheit zu gewinnen, in welchen Titel sie gehören; für die Mehrzahl besteht dieser Zweifel nicht, und damit ist die Aufnahme der Ergänzungstätigkeit gerechtfertigt.

VI.

Versuch einer Wiederherstellung der Titelfolge des 4. und 5. Buchs.

Im ersten Beitrag (Bd. 34 S. 1f.) ist versucht worden, die Bruchstücke der Turiner Handschrift (*T*) aus dem 5. Buch mit den vom Breviar überlieferten Titeln zu vereinigen. Hier handelt es sich nun darum, das Bild dieses Buches durch Einschaltung der aus dem Justinianus zu ergänzenden Titel zu vervollständigen.

Dabei muß wieder davon ausgegangen werden, daß eine feste Grundlage durch die Titelzahlen XII und XIII[2]) gegeben ist, welche auf der Vorderseite des 13. und 14. Blattes von *T* sicher gelesen sind. Danach bilden die Konstitutionen auf der Vorderseite von Blatt 13 den Schluß des Titels XII[3]); auf der Rückseite steht der Anfang von Titel XIII, nämlich

[1]) Unsicher bleibt die Zugehörigkeit zum Theodosianus z. B. bei Just. 12, 3, 1 *ad senatum urbis* . . . . .; Just. 12, 23, 14 gehört nur dann hinein, wenn sich die Konstitution an den Präfekten der Jahre 428. 429 richtet, nicht an denjenigen, an welchen die Novellae Theodosii in den Jahren 438. 439 gerichtet waren.

[2]) Mommsen, welcher *T* nur aus meinem Abdruck benutzt hat, gibt S. XLI an, daß knapp hinter XIII der Rand des Blattes beschnitten sei, so daß noch ein Strich mit abgeschnitten sein könnte. Das trifft nicht zu; zwischen XIII und dem Rande bleibt noch ein leerer Raum, wie auch der Abdruck zeigt.

[3]) Die Randzahlen umfassen die Titel, welche auf derselben Seite und auf der Rückseite des voraufgehenden Blattes stehen, vgl. das Apographum der Handschrift S. 5 Anm. 5.

die erloschene Rubrik und c. 1—4. Blatt 14 enthält c. 30 bis 36 desselben Titels. Außerdem ist vor der Rubrik des Titels *de ingenuis, qui tempore tyranni servierunt*, wenn auch nicht ganz sicher, die Zahl VIII erkannt. Das Buch fängt mit den Titeln über die civile Erbfolge an; dahin gehört auch das Kaiserrecht, wie es in den Titeln *de decurionum, de clericorum et monachorum* und *de bonis militum* (Titel II—IV des Breviars) vertreten ist. Aus dem Justinianus sind die Titel *de bonis libertorum* und *de naviculariorum et cohortalium* einzuschieben. Daran schließen sich als Titel VII *de postliminio* und der obengenannte Titel VIII *de ingenuis*. Titel XII und XIII fallen in den Abschnitt, der im Justinianus 11, 58—75 vom Bodenrecht an öffentlichen und Privatgrundstücken mitsamt ihren Pächtern und Hörigen handelt. Von den Titeln des Breviars gehören dahin die drei Titel *de fugitivis colonis inquilinis et servis, de inquilinis et colonis* und *ne colonus inscio domino suum alienet peculium vel litem inferat civilem*, nicht aber die zwei voraufgehenden Titel; diese müssen vor Titel XII gestellt werden. Damit ist die Reihe von 10 Anfangstiteln gewonnen.

Für die folgenden Titel handelt es sich darum, die Rubriken der auf den Turiner Blättern stehenden Bruchstücke zu bestimmen und die Reihenfolge dieser Blätter festzustellen. Letzteres ist nur für Blatt 13 und 14 durch die besprochenen Randzahlen der Titel XII und XIII gegeben. Die Beziehung der zu Titel XII gehörigen Konstitutionen (Blatt 13 Vorderseite) auf den justinianischen Titel 11, 62 *de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus* unterliegt keinem Bedenken. Als Rubrik des Titel XIII las Vesme auf der Rückseite dieses Blattes *de . . . . patrimonia* und ergänzt *de fundis patrimonialibus*. Dieser Titel widerspricht aber dem Inhalt der auf dieser Seite und auf dem folgenden Blatt stehenden Konstitutionen; entweder hat Vesme die erloschenen Züge unrichtig gelesen[1]) oder der Schreiber, welcher die Rubriken

[1]) In der Vorrede zu seiner Ausgabe S. VII versichert er freilich, die Buchstaben *atrimoni* seien vollkommen sicher. Ich habe von den Zügen der Rubrik nichts lesen können.

nachzutragen hatte, ist einer Verwechslung unterlegen. Der Inhalt der Konstitutionen führt vielmehr auf die Rubrik von Just. 11, 66 *de fundis rei privatae*[1]) *et saltibus divinae domus*, in welchem auch c. 1 und 4 unseres Titels stehen. Daß c. 30 im Just. 11, 59, 7 unter die Rubrik *de omni agro deserto* gestellt ist, erregt bei den vielfachen Umstellungen, welche im Just. vorgenommen sind (oben S. 25), keine Bedenken. Auch darauf ist kein Gewicht zu legen, daß in dieser Stelle, wie auch in c. 3. 31—34. 36 von *patrimoniales fundi*, beziehungsweise dem *patrimonium* gesprochen wird; diese Stellen hängen mit c. 1. 2. 4 darin zusammen, daß der einmal gültig erfolgte Übergang der Grundstücke in Privateigentum ebenso wie der Erwerb vom Fiskus nicht mehr rückgängig gemacht werden darf. Zu Titel XII gehören dem Inhalt nach die auf Blatt 15 stehenden Konstitutionen, in Titel XIII fügt sich Blatt 16 ein.

Diese beiden Titel lassen sich noch aus dem Justinianus zum Teil ergänzen. Aus dessen Titel 11, 62 sind als Anfang die Konstitutionen Konstantins (c. 1. 2) zu entlehnen; dahinter folgen in Abstand die auf *T* Blatt 15 stehenden c. 14 bis 21 aus den Jahren 364. 365, dann aus dem Justinianus c. 4—10 aus den Jahren 368—399; den Schluß bilden die drei Konstitutionen auf der Vorderseite des 12. Blattes von *T*. Dagegen scheiden zwei Konstitutionen des Justinianus aus, c. 3 und 11 des gedachten Titels. Erstere vom Jahre 365 (368) fiele der Zeitfolge nach zwischen c. 20 und 21[2]) und käme dadurch in einen Widerstreit mit *T*, der nur durch die Annahme einer Auslassung in letzterer Handschrift zu lösen wäre[3]); näher liegt, daß die Stelle für den Justinianus aus dem Titel *de omni agro deserto* herübergenommen sei, in welchen sie inhaltlich hineinpaßt. Ebenso würde c. 11 in Titel XII zeitlich zwischen die drittletzte und vorletzte Konstitution fallen; sie hat aber wohl zu Th. 4, 12 *de longi temporis praescriptione* gehört. Titel XIII beginnt

---

[1]) So Peyron, Wenck und Hänel; Mommsen folgt Vesme.

[2]) Das Konsulat *Val. et Val. AA. conss.* in c. 18. 19 wurde im Theodosianus auf das Jahr 365 bezogen und die Reihenfolge entsprechend dem Tagesdatum hergestellt.

[3]) Vgl. S. 24.

mit den vier Konstitutionen auf der Rückseite von Blatt 14; zum Schluß gehören die Konstitutionen auf Blatt 16, welche, wenn die Zahlen auf der Rückseite richtig gelesen sind, c. 29—35 bilden würden; zwischen beide Blätter fallen der Zeit nach die Konstitutionen 3—5 des Just. 11, 66.

Die auf Blatt 12 stehenden Konstitutionen gehören zum Titel *de omni agro deserto*; entsprechend der Stellung desselben im Justinianus ist er den obigen beiden Titeln voraufzuschicken, und damit wird die Lücke zwischen den 10 Anfangstiteln und Titel XII und XIII ausgefüllt.

Es bleibt nun noch eine Reihe von Titeln aus dem 11. Buch des Justinianus übrig, welche nur im 5. Buch des Theodosianus untergebracht werden können und mit den oben zurückgestellten vier Titeln des Breviars den Schluß des Buches gebildet haben müssen. Dahin gehören:

11, 51 *de colonis Palaestinis*
11, 52 *de colonis Thracensibus*
11, 53 *de colonis Illyricianis*
11, 60 *de fundis limitotrophis*
11, 63 *de mancipiis et colonis patrimonialium et saltuensium et emphyteuticariorum fundorum*
11, 68 *de agricolis et mancipiis rei fiscalis sive rei privatae*
11, 70 *de diversis praediis urbanis et rusticis templorum et civitatum et omni reditu civili*
11, 71 *de locatione praediorum civilium vel fiscalium sive rei privatae vel dominicae*[1])
11, 77 *de palatiis et domibus dominicis*[2])
11, 78 *de cupressis ex luco Daphnensi vel Perseis per Aegyptum non excidendis vel vendendis.*

Diese aus der Verbindung mit Titeln des 7. und 11. Buchs des Theodosianus hervorgegangene Reihenfolge ist nicht glücklich; daß sie dem Theodosianus nicht entsprach, zeigt schon die Stellung der oben besprochenen Titel XII und XIII des letzteren. Man ist also gezwungen, eine abweichende Ordnung zu bilden, welche sachlich haltbarer erscheint als die im Justinianus beliebte. An Titel XII. XIII lehnen sich am

---

[1]) Vgl. Th. 10, 3. [2]) Vgl. Th. 10, 2.

besten Just. 11, 63. 68. 71. 51—53[1]) an; dahinter könnten Just. 11, 60. 70. 77. 78 folgen. Zwischen Just. 11, 63 und 68 lassen sich die beiden Titel des Breviars *de fugitivis colonis inquilinis et servis*[2]) und *de inquilinis et colonis* einschieben. Den Schluß des Buchs wird, wie im Breviar, der Titel *de longa consuetudine* gebildet haben.

Obigen Titeln geht im Just. 11, 50 noch der Titel *in quibus causis coloni censiti dominos accusare possunt* vorauf. Dieser ist nicht zu ergänzen, er vertritt nur den im Breviar erhaltenen Titel *ne colonus inscio domino suum alienet peculium vel litem inferat civilem*. Diese Rubrik konnte im Justinianus nicht bleiben, weil ihr Hauptinhalt hier nur beiläufig in c. 2 gestreift wird, wogegen die jetzige Hauptbestimmung der übriggebliebenen Konstitutionen, Verbot einer Anklage des Grundherrn, nicht zum Ausdruck kam. Außerdem war sie so ungeschickt gefaßt, daß man den zweiten Teil von einer Privatklage gegen Dritte *inscio domino* verstehen mußte, was dann freilich der burgundische Text mit einigen Handschriften des Breviars durch Einschiebung von *ei* vor *civilem* verbessert hat. Der Breviartitel mag auf den oben besprochenen *de inquilinis et colonis* gefolgt sein.

In gleicher Weise wie für das 5. Buch lassen sich die Titel des 4. Buchs aus dem Justinianus ergänzen. Auch hier kommt uns eine durch *T* überlieferte Titelzahl zu Hilfe. Der obere Rand der Vorderseite von Blatt 10 dieser Handschrift trägt die Nummer XIIII; auf dieser Seite steht der Schluß des Titels *ad SC. Claudianum* und der Anfang des Titels *de vectigalibus et commissis*. Nicht zutreffend ist die Annahme von Mommsen, es bleibe zweifelhaft, ob die Titelzahl sich auf den ersteren oder den letzteren Titel beziehe. Da der obere Rand des Blattes knapp über XIIII ab-

---

[1]) Bei diesen drei Titeln besteht allerdings der Zweifel, ob sie nicht im Theodosianus Bestandteile des Titels de inquilinis et colonis waren; andererseits ist kein Grund für Ausscheidung aus dem Haupttitel ersichtlich.

[2]) Im Justinianus zerlegt in 6, 1 *de fugitivis servis et libertis mancipiisque civitatum artificibus et ad diversa opera deputatis et ad rem privatam vel dominicam pertinentibus* und 11, 64 *de fugitivis colonis patrimonialibus et emphyteuticis et saltuensibus*.

geschnitten war, ist nach der Gewohnheit des Schreibers, die Zahlen sämtlicher Titel, welche auf der voraufgehenden Rückseite und der betreffenden Vorderseite standen, untereinander anzugeben, die Annahme geboten, daß über XIIII noch XIII stand, daß also erstere Zahl auf den Titel *de vectigalibus et commissis* geht.

Das Breviar überliefert nun folgende Titelreihe:

I. De cretione vel bonorum possessione
II. Unde liberi
III. De Carboniano edicto
IV. De testamentis et codicillis
V. De litigiosis
VI. De naturalibus filiis et matribus eorum
VII. De manumissionibus in ecclesia
VIII. De liberali causa
IX. De his qui non a domino manumissi sunt
X. De libertis et eorum liberis
XI. De vectigalibus et commissis
XII. De actionibus certo tempore finiendis
XIII. De quinquennii praescriptione
XIV. De re iudicata
XV. De sententiis ex periculo recitandis
XVI. De fructibus et litis expensis
XVII. De usuris rei iudicatae
XVIII. Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt
XIX. Quorum bonorum
XX. Unde vi
XXI. Utrubi.

Dies Buch ist im Breviar wegen seines privatrechtlichen Inhalts eines der am reichsten ausgestatteten; nur wenige Titel sind ganz geschwunden. Das läßt sich gleich an der ersten Hälfte verfolgen. Ergänzt man vor Titel VII aus Just. 7, 1 den Titel *de vindicta libertate et apud consilium manumissione* mit der Konstitution Konstantins und vor Titel XI die beiden durch *T* und den Vaticanus reg. 520 überlieferten Titel *de longi temporis praescriptione* und *ad SC. Claudianum*, so ist die vollständige Titelreihe bis zu der durch *T* überlieferten Zahl XIIII hergestellt.

Diese Ergänzung scheitert auch nicht an der Unterbringung der aus dem Justinianus in diesem Abschnitt zu ergänzenden Konstitutionen. So gehören zu Titel I Just. 6, 9, 8. 9 und 6, 30, 18. In Titel IV sind einzufügen Just. 6, 23, 15. 6, 36, 7. 6, 21, 15. 6, 37, 21.[1]) 6, 22, 5—7. 6, 32, 4. 6, 23, 16. 19. Titel V ergänzt Just. 8, 36, 3, Titel VII (jetzt VIII) Just. 1, 13, 1, Titel VIII (IX) Just. 7, 19, 7, Titel X (XI) Just. 6, 7, 2, Titel XII (*de longi temp. praescr.*) Just. 7, 39, 2. 11, 62, 11 (vielleicht auch 7, 32, 10), Titel XIV Just. 4, 62, 4.

In der zweiten Hälfte des Buches ist nur ein Titel zu ergänzen, nämlich vor dem Titel *de quinquennii praescriptione* der Titel *ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis exceptione summoveatur* aus Just. 7, 38. Statt des Titel *de quinquennii praescriptione* hat Just. 7, 37 *de quadriennii praescriptione*; die Frist von vier Jahren für die Einziehung der erblosen Hinterlassenschaften stimmt zwar scheinbar mit dem klassischen Recht (Dig. 44, 3, 10 pr. § 1. 49, 14, 1 § 2), steht aber in Widerspruch mit Th. 4, 16, 1. Eine Lösung, wie sie Gothofredus versucht, daß Honorius die fünfjährige Frist an die Stelle der vierjährigen gesetzt habe, durch Justinian aber die frühere Frist wiederhergestellt sei, ist unwahrscheinlich; viel näher liegt, daß das *quadriennium* durch justinianische Interpolation in die Digesten hineingetragen sei, daß vordem ebenso wie für die Einziehung der dem Zoll entzogenen Güter (Just. 4, 61, 2, fr. de iure fisci 1, 18) die fünfjährige Frist gegolten habe.

[1]) Ob 6, 23, 15 und 6, 37, 21, welche ursprünglich ein zusammenhängendes Stück der größeren Konstitution Konstantins über Testamente bildeten, erst für den Justinianus auseinandergerissen sind, und zwar so, daß 6, 37, 21 unter Mißverständnis der abgekürzten Konsulnamen auf das Jahr 339 bezogen wurde, ob sie also im Theodosianus noch zusammen die erste Konstitution bildeten, bleibt dahingestellt.

III.

Weitere Interpolationen im Theodosianus.

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Heidelberg.[1])

I. Zur Appellation.

1. A praeiudicio bedeutet: vom Vorbescheid, und steht im Theodosianus abwechselnd mit ab interlocutionibus und ab articulo, dem 'Zwischenbescheid' oder 'Zwischenspruch' und dem 'Prozeßglied'. Appellation a praei. ist verboten, da nicht wegen jeder einzelnen Verfügung aus dem Kreise der richterlichen Macht der Oberrichter angegangen werden soll: Das Ganze freilich soll der Oberrichter reformieren können, wenn es ihm nach ergangenem Endurteil im Wege der Appellation formgemäß zur Kenntnis gebracht wird: die einzelnen Verfügungen, auf die sich das Endurteil aufbauen wird, dürfen ihm nicht vorzeitig vorgelegt werden; ein widerwärtiges und widersinniges treppauf treppab soll dadurch vermieden werden. Man kann damit die Eventualmaxime zusammenhalten, durch die ebenfalls die großen Zeitverluste verhindert werden sollen. Wenn z. B. der Kläger zwei Zeugen vorschlägt, und der Beklagte für deren Ablehnung den Spruch des Unterrichters gewinnt, so soll hierüber nicht etwa sogleich an den Oberrichter der Weg offenstehen; erst wenn der Unterrichter durch Endurteil

---

[1]) Diesen Aufsatz habe ich in den Osterferien des Jahres 1914 dem Heidelberger Studiosus der Philologie Th. Thomas diktiert. Bei dem Diktat habe ich mit ihm über die einzelnen Fragen gesprochen; ich verdanke seinem offenen und scharfsinnigen Urteil manchen wertvollen Wink. — Theodor Thomas, nach dem Urteil seines Lehrers Franz Boll 'geborener Philologe' und nach dem meinigen ein ungewöhnlich begabter und energischer Student — einer der Herren, die durch Revision der Arbeit bei der Drucklegung des Index zum Theodosianus das Schwierigste für dies Werk leisteten, zog 1915 ins Feld und ist seit zwei Jahren nach Kampf im Osten vermißt.

entschieden, geht die ganze Sache an den Oberrichter, der, indem er alles aufs neue prüft, vielleicht gerade dahin gelangen wird, auch jene zwei Zeugen zu hören und auf Grund ihrer Aussage den Spruch seines Vorderrichters zu reformieren.

2. Die Berufung ab exsecutionibus bedeutet: wer die Appellationsfrist versäumt und etwa denkt: 'Zwangsvollstreckung versuchen wird der Gegner nicht, — das tut er nicht', und infolgedessen eines schönen Tages von der Exekution überrascht wird, der kann nun nicht etwa sagen: 'Jetzt macht der Gegner Ernst, jetzt mache auch ich Ernst und appelliere; was ich nicht brauchte, solange er mit dem Urteil nichts anfing.' Die hier skizzierte Empfindung des Verurteilten, mit der er freilich nirgendwo zupaß kommt und auch nicht zupaß kommen könnte, ohne daß eine Trübung der Beweismittel zu befürchten wäre, ist gleichwohl nicht ganz unbegreiflich: solange der faktische Zustand der Rechtsbehauptung des Verurteilten entspricht, glaubt er sich nicht noch besonders wehren zu müssen; so verjährt die Urbanalservitut nicht, solange nicht faktisch höher gebaut wird. Aber in die Rechtswirklichkeit, wie gesagt, wird diese Empfindung nicht umgesetzt.

Die beiden Appellationen a praeiudicio und ab exsecutione haben das gemeinsam, daß sie verboten sind; aber sie sind in ihrer Eigenart nicht etwa nahe verwandt, haben vielmehr ganz verschiedenartige Konstruktion: 1. Wer a praeiudicio appelliert, will voreilig den Oberrichter veranlassen, einzeln zu prüfen, was dieser Oberrichter später im Zusammenhange des Ganzen zu erwägen haben wird. Wer ab execution provoziert, will eine definitiv erledigte Sache dadurch noch einmal zur Verhandlung bringen, daß er das desertgewordene Rechtsmittel bei Gelegenheit der Exekution in der Exekutionsinstanz — zu spät — wieder vorbringt. Es verlangt also a) wer a praeiudicio appelliert, vom Oberrichter, daß er sich vor Erledigung der Gesamtsache durch den Unterrichter in eine Einzelfrage vertiefe, was seines Amtes überhaupt gar nicht ist; b) wer von der Exekution appelliert, daß der Oberrichter das Ganze prüfe, was seines Amtes war, aber jetzt nicht mehr ist. Der Exekutions-

provokant will ihn also zu spät veranlassen, das Ganze zu prüfen, der Interlokutionsprovokant — vorzeitig einen Teil statt des Ganzen. Dem Exekutionsprovokanten wird daher nur entgegengehalten: zu spät!, dem Interlokutionsprovokanten: Zu wenig und zu früh!

Sehen wir uns hierauf die Gesetze an, so ist ausführlich und der Zeit nach allen voranstehend constitutio 3 cod. Theod. XI 36 (320/6 [313] Apr. 26):

Cum antehac lege de appellationibus data statutum sit, ne quis a praeiudicio vel ab executione interponeret provocationem neve huiusmodi appellatio ab his, qui vice nostra iudicant, admittatur, ne in perniciem plurimorum interpositis a praeiudicio appellationibus vel moratoriis quibusdam frustrationibus interiectis litigia protrahantur, tamen nunc poenam addi placuit, ut intellegant universi principalis negotii disceptatione causas suas munire debere et non ab ipsis quodammodo primae interlocutionis exordiis vel ab executionibus provocare, cum et illis, qui inpatienter ab articulo appellandum putaverint, post cognitionem totius causae liceat appellare et his, qui sero ab executionibus provocant, facultas appellandi minime fuerit denegata. Si quis igitur tali usus appellatione fuerit in tuo iudicio deprehensus, ipsum quidem XXX follium poena multes, causam autem universam, eius dumtaxat, qui a praeiudicio vel ab executione temere appellaverit, sine ulla dilatione discingas, cum in nostro auditorio dari minime dilationem oporteat, interpositae appellationis tempore sufficiente litigatoribus ad perferendam instructionem plenissimam.

Dieses Gesetz wird von Mommsen auf das Jahr 313 bezogen, während diejenige Datierung, welche es trägt, um ein Jahrzehnt später führt. Nimmt man die Mommsensche an, so ist das Gesetz eines der frühesten aus dem Gesetzbuch, und es spricht dann höchstens: qui vice nostra iudicant dafür, daß das in Bezug genommene Appellationsgesetz ebenfalls von Konstantin herrührt. Unter den Gründen, die Mommsen anführt, ist der leichtest begreifliche der, daß das voraufgehende Gesetz (c. 2) die gleiche Summe von 30 folles bietet. Man kann diese Begründung wohl dahin erweitern, daß c. 2 eine Singularverfügung ist, die

sich in ihrem wesentlichen Inhalte an den größeren Erlaß (c. 3) anschließt und ihn daher voraussetzt. C. 2 ist aber unbestritten von 315. Der Inhalt dieses frühkonstantinischen Gesetzes ist nun nach der Überlieferung der, daß durch ein früheres Gesetz über Appellationen a praeiudicio vel ab executionibus bestimmt sei, daß weder die Partei sie einlegen, noch der vice sacra-Richter sie annehmen dürfe, daß aber jetzt der Kaiser auch noch eine Geldstrafe festsetzen wolle von 30 folles, die den Appellanten dieser Art treffe. Übrigens solle der Oberrichter — in diesem Falle der Prokonsul von Africa — den ganzen Rechtsstreit im Falle einer solchen unerlaubten Appellation vornehmen und entscheiden, ohne sich auf eine dem sacrum auditorium nicht anstehende Dilation jemals einzulassen: interpositae appellationis tempore sufficiente litigatoribus ad perferendam instructionem plenissimam. Ist das oben Gesagte richtig, so hat der Schluß des Gesetzes, der Oberrichter möge die ganze Sache an sich nehmen, ein anderes Verhältnis zum Präjudiz, ein anderes zur Exekution. Wenn der Oberrichter die Präjudizappellation damit beantwortet, daß er die Sache in ihrer Totalität vor sein Forum zieht, so hat er zwar den Appellanten nicht völlig abgewiesen, aber er ist ihm doch gegen die Buße von 30 folles in einer Weise entgegengekommen, die der Ausscheidung einer Instanz gleichsteht: ich kann die Bestimmung, daß der Oberrichter die ganze Sache entscheidet, nicht anders verstehen als dahin, daß der Unterrichter ausgeschaltet ist und der Oberrichter so untersucht, wie wenn eine reguläre Appellation nach geschehenem Endurteil an ihn gegangen wäre. Der Kaiser sagt also hier: Erst büße ihn um 30 folles und dann entscheide nicht, wie er will, den Inzidenzpunkt, sondern die ganze Sache, und zwar ohne daß eine Dilation in Frage kommen kann.

Dem Exekutionsappellanten gegenüber hat diese Verfügung einen ganz andern Wert: Der Exekutionsappellant will die ganze Sache in die höhere Instanz bringen, nur zu spät; ihm gegenüber hieße daher die Verfügung nur: von der Exekution kann man appellieren, aber es kostet 30 folles. Ihm wird gewillfahrt, wenn die ganze Sache nochmals zur

Rede kommt; er hatte alle Rechte verloren, denn die Exekution erfolgt nach Ablauf der Appellationsfrist: nun soll die ganze Sache in der Appellation vorgenommen werden — und ohne Dilation, weil die Frist der eingelegten Appellation genüge für die plenissima instructio. Auch dies hat eine Bedeutung nur für den Fall der Präjudizappellation um eines einzelnen Punktes willen; bei dieser geht der Richter gewissermaßen ultra petita der betreibenden pars, denn er wird über das Ganze verhandeln, da doch nur ein Punkt ihm vorgelegt war, und darum ist die Bestimmung, Dilation sei trotzdem nicht zu geben, wohl am Platze; aber für den Exekutionsprovokanten, der ja sich und seinen Gegner darauf vorbereitet hat, die ganze Frage wieder aufzurollen, ist eine Spezialvorschrift mit dieser Motivierung nicht begründet.

Noch schärfer tritt diese Inkonsequenz hervor in der schon angeführten c. 2: Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, XXX follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas, quippe cum et causam tuam videaris esse facturus, si per coniventiam huiusmodi appellationem admiseris. Si quas sane de omni causa interpositas esse provocationes perspexeris, in earum disceptatione observare debebis, quod iam pridem a nobis est evidentissime constitutum.

Hier wird in einem Entscheid, der mehrmals sogar an die Worte der c. 3 anklingt, das Wesentliche dieser größeren Verordnung dem praefectus urbi eingeschärft: die Strafe der 30 folles, die Assumption der causa in ihrer Totalität und, eindringlicher betont, die Ablehnung der angebrachten Teilverhandlung nebst Androhung an den praefectus urbi, er hänge sich sonst den Prozeß selbst an. Also: der Oberrichter soll die ganze Sache untersuchen (mithin nicht einen bloßen Ausschnitt); nimmt er die Appellation angebrachtermaßen an (das heißt doch: untersucht er — aus Konnivenz — nur den ihm angetragenen Ausschnitt aus dem Prozeßganzen), so haftet er (dem Gegner des Appellanten) auf Schadenersatz. Patriarchalisch wird noch hinzugefügt, der Präfekt solle die ordnungsmäßig auf die ganze Sache ge-

richteten Provokationen im Sinne der früheren (zweifellos durchaus evidenten) Verfügungen behandeln. Nun nehme man noch dazu, daß der Tatbestand in c. 2 folgendermaßen ausgedrückt ist: Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum, atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit: so wird man schwerlich umhinkönnen, das Urteil zu fällen, daß diese ganze Deduktion nur auf die Präjudizappellation paßt und ursprünglich gemünzt war, auf die Exekutorenappellation aber erst durch einen willkürlichen Einguß erstreckt worden ist. So vortrefflich es paßt, wenn man demjenigen, der vom Inzidenzpunkt vor der Zeit appelliert, vorwirft, daß er alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, so wenig läßt es sich auf die Exekutionsappellanten beziehen, von denen ja c. 3 in ihrer Weise richtig sagt, daß sie sero ab executionibus provocant. Dies einmal festgestellt, wird man leichter beobachten, daß auch vel ab executoribus rerum antea statutarum vor appellaverit gehört hätte und daß dann der Zusammenhang mit dem folgenden atque alterius auditorii .... besser wäre: qui a praeiudicio appellaverit .... atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit. Kurz, c. 2 zeigt ein Gesetz, das sich nur auf die Präjudizappellation bezog und durch den Zwischensatz vel ab executoribus rerum antea statutarum äußerlich auch auf die Exekutionsappellation erstreckt wurde.

Von dem so gewonnenen Standpunkte aus sei nun c. 3 im einzelnen durchprüft: Das sachliche, schwere Bedenken wegen der omnis causa am Schlusse ist schon erörtert, und man würde wohl damit beginnen können, am Schluß zunächst vel ab executione wegzulassen, wenn nicht vielmehr hier eine weitergehende Einschaltung anzunehmen schiene: Si quis igitur tali usus appellatione fuerit in tuo iudicio deprehensus ipsum quidem XXX follium poena multes, causam autem universam eius dumtaxat, qui a praeiudicio vel ab executione temere appellaverit, sine ulla dilatione discingas.

Gotofredus verzeichnet zu dumtaxat qui die Anmerkung: qui dumtaxat und gibt durch diese Konjektur kund, daß der überlieferte Text ihm unhaltbar erscheint. Dem dürfte beizustimmen sein; aber die konjekturale Operation

wirkt doch dem Sinne nach kaum heilend und der Form nach schädigend. Die Pandektenkritik hat uns gelehrt, daß solche Konjekturen nur gar zu sehr oft wie Pflaster die Heilung verhindern; diese dürfte hier darin liegen, daß der ganze Satz 'eius' bis 'appellaverit' eine spätere Einschaltung ist, welche als eingeschlüpfte Glosse oder als beabsichtigte Einschiebung gedacht werden kann, jedenfalls aber nach den Worten: si quis igitur tali usus appellatione fuerit . . . im ursprünglichen Fluß des Gesetzes kaum denkbar erscheint. Dagegen aber ergibt sich an anderen Stellen des Gesetzes wohl die Wahrscheinlichkeit, daß die (immer an zweiter Stelle stehende) Ausdehnung auf die Exekutionsappellation ebenfalls das Werk einer späteren Hand ist. Am schwächsten nimmt sich vel ab executionibus aus in dem Satze: intelligant universi principalis negotii disceptatione causas suas munire debere et non ab ipsis quodammodo primae interlocutionis exordiis vel ab executionibus provocare, cum et illis . . . . Hier ist alle Blütenpracht konstantinischer Rhetorik auf die Ausschmückung der Präjudizfrage verschwendet, und für die Exekution nur das nüchterne Wort vel ab executionibus übriggeblieben: aber so arm war die Sprache nicht, daß der Kaiser nicht auch für diese zweite Art umschreibenden Zierat aufgebracht hätte; daß dies unterlassen, zeigt den späteren Einschalter, dem es nur auf seine Sache und gar nicht auf den gleichmäßigen Aufbau des Gesetzes selber ankam. Ähnlich steht es mit den anderen Satzteilen, die der Exekution gewidmet sind. Vorn ist: ne quis a praeiudicio vel ab executione interponeret provocationem die Wiederaufnahme von ne durch vel nicht besonders empfehlend. Auch kann vel moratoriis quibusdam frustrationibus interiectis, wenn man es nicht im Sinne des ursprünglichen Gesetzes weglassen will, in seiner allgemeinen Fassung der besonderen Beziehung auf die Exekution entbehren, während et his qui — denegata ebensowohl wegbleiben, wie durch Weglassung der Worte ab executionibus zur allgemeinen Phrase werden kann. So glaube ich in beiden Gesetzen die ursprüngliche alleinige Beziehung auf die Präjudizappellation durch späteren Eingriff auf die Exekutionsappellation erstreckt zu sehen.

Zu diesen Gesetzen kommt noch c. 2 c. Th. XI 30 (314 Nov. 3): Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblatis aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias perferat appellator, absque his criminalibus causis, in quibus, etiamsi possunt provocare rei, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia perseverent. Ea custodita moderatione, ut eorum provocationes recipiantur, qui easdem non a praeiudicio interposuisse noscuntur aut etiam ante causam examinatam et determinatam, sed universo negotio peremptoria praescribtione finito vel per cuncta membra decurso contra iudicem interpositae esse noscantur.

Das Gesetz bietet in dem Mittelsatze eine Einschaltung, die weder sachlich begründet, noch formell einwandfrei ist; sie mag durch Verkürzung des ursprünglichen Gesetzes die jetzige Gestalt gewonnen haben oder als Anmerkung eines Lesers neben dem Text gestanden und später Aufnahme in ihn gefunden haben: uns interessiert hier nicht der Mittelsatz, über die kriminellen causae, sondern die mit dem ersten Satz über den Schutz der Zivilappellanten unmittelbar Fühlung nehmende moderatio: Es soll, so meint der Gesetzgeber, dabei bleiben, daß die Appellationen a praeiudicio nicht angenommen werden, sondern nur diejenigen, welche eingelegt sind, nachdem das ganze Prozeßgeschäft, sei es durch peremptorische Einrede beendet, sei es durch alle Stadien abgelaufen ist. Auch in diesem mehr lehrhaften, exhortativen Satze redet der Kaiser nur von den Appellationen a praeiudicio im Gegensatze zu den, normaler- und vernünftigerweise, nach Schluß des Verfahrens in erster Instanz eingereichten Appellationen; keine Spur von Hinweis auf die Appellation ab executione. So ist auch in diesem (wie der ungefüge Schlußsatz mit dem interposuisse noscuntur wiederaufnehmenden und die Konstruktion sprengenden interpositae esse noscantur zeigt) nicht unverändert überlieferten Gesetze bei Konstantin keine Gleichstellung von Präjudiz und Exekution, vielmehr scheint dieses Kaisers Sorge gewesen zu sein, die höheren Richter vor der Belästigung durch vorzeitige und darum wiederholte Appellationen zu bewahren.

Wenn übrigens c. 2 cit. im Mittelsatz einen Einschub aus dem Kriminalprozeß in den Zivilprozeß zu bringen scheint, so dürfte der umgekehrte Fall bei c. 1 C. Th. XI 36 (314 und 315 [?] Nov. 2) vorliegen. Diese beginnt mit einer allgemeinen Admonition über ungehörige Appellationen und deren moratorisch-frustatorischen Charakter (vgl. c. 3 eodem 320/6 [313] Apr. 26) und geht dann sogleich dazu über, die Appellationen bei vier schweren Verbrechen zu behandeln; der springende Punkt ist dabei, daß in diesen Fällen der Geständige oder glatt Überführte keine Appellation haben soll, während in den Fällen, wo Zeugnis gegen Zeugnis steht, an den Kaiser berichtet werden soll. Mittendrin befindet sich der Satz: nec temere nec ab articulis praeiudiciisque nec ab his, quae iuste iudicata sunt, provocare debebunt: Er ist nicht auf die vier Verbrechen zu beziehen, sondern ganz allgemein gehalten, paßt in die positive Verfügung nicht hinein, und macht durchaus den Eindruck einer lehrhaften, übrigens abwegigen Randbemerkung, die bei Gelegenheit in den Text hineingeschlüpft ist. Übrigens ist ab his quae iuste iudicata sunt der c. 1 C. Th. XII 36 keineswegs identisch mit Exekutionsappellation, scheint vielmehr anzuklingen an die Verweigerung der Appellation im Falle klarer Überführung des Verbrechers.

Konstantin aber hat, wie es scheint, seine Aufmerksamkeit der Appellation a praeiudicio zugewendet und, ich wiederhole es, sie nicht unmöglich gemacht, sondern in eine Appellation wie vom Endurteil verwandelt, aber unter eine Strafe von 30 folles gestellt. Dieses positive Ergebnis der Appellation a praeiudicio tritt in c. 2 und 3 C. Th. XI 36 klarer hervor, während in c. 2 C. Th. XI 30 der Schein, als sei eine derartige Appellation überhaupt wirkungslos, durch die knappere Form bestehen bleibt. Die Merkwürdigkeit, daß der Appellant a praeiudicio dem Gegner die untere Instanz entzieht, wirft Licht auf die allgemeine Anschauung des Kaisers vom Prozeß, der ihm eben mehr Sache der Verwaltung, ja der Gnade ist, als ein mit Garantien umgebenes Rechtsverfahren.

Bei der Appellation a praeiudicio vel ab executione verharrend finden wir demnächst einen Konstitutionen-

komplex von Valentinianus, Gratianus, Valens bis Valens, Gratianus, Valentinianus dem Jüngeren. Von der letzteren Trias geht eine Anzahl von Gesetzen aus, deren drei sicher zusammengehören, während das vierte von Gotofredus und Mommsen nur mit Wahrscheinlichkeit in dasselbe Urgesetz aufgenommen wird[1]): Es handelt sich um c. 23—25 C. Th. XI 36 (378 Jan. 30) und um c. 37 C. Th. XI 30 (378 Aug. 30). Das letztere Gesetz muß vom August auf den Januar umdatiert werden, um, bei gleichem Adressaten und gleichem Orte, mit jenen verbunden werden zu können. C. 37 hat eben wie c. 24 vorn 'post alia' und hinten 'et cetera', während c. 23 nur 'et cetera' und c. 25 nur 'post alia' hat. Im Urgesetz stand daher, wenn alles verläßlich ist, c. 23 zu Anfang und c. 25 am Ende, die beiden andern Gesetze in der Mitte. Gar keine Sicherheit ist, daß die vier Stücke vereint das ganze Urgesetz bilden, immerhin mögen sie hier in der nach der Überlieferung allein denkbaren Folge zusammenstehen.

[378 Aug. 30].

XI 36, 23: Exceptis praescribtionibus peremptoriis si quis ab articulo appellare temptaverit, non audiatur, sed neglecta appellatione iudex discussis omnibus tendat ad finem, reservata post ultimum facultate partibus appellandi, si displicuerit definitiva sententia. Neque tamen sit iudici potestas inrogandae multae. Satis enim poenae videtur non audiri ab articulo provocantem. Et cetera.

XI 30, 37: Post alia: Cum de praescribtionibus peremptoriis agitatur examen, si eas praescribtiones iudex ut leves putaverit inprobandas et ab eius interlocutione fuerit appellatum, provocatio huiusmodi recipiatur cum peremptoria praescribtio et definitiva sententia eadem vi vel consumptae causae vel non admittendae videantur operari. Sed quoniam evenire potest, ut multae praescribtiones peremptoriae litigatoribus conpetant, ne in uno eodemque negotio per singulas necesse sit saepius provocari et totiens ad nos referri, omnes peremptorios praescribtiones, quas

[1]) Es ist auch die andere Lösung möglich, daß, wie VIII 18, 2, wohl ein Anschlußgesetz an VIII 18, 1, so c. 37 cit. eine neuere Verfügung ist, die eine ausgeschmückte Neuauflage von c. 24 cit. darstellt.

sibi quisque putaverit conpetere, cogatur expromere et ita demum, si a cognitore fuerint repudiatae, utatur, si placet, provocationis auxilio. Et cetera.

XI 36, 24: Post alia: Si quis post susceptam super praescribtionibus peremptoriis appellationem et responsum a nobis redditum aliam peremptoriam praescribtionem obposuerit, non admittatur, et si propter eam non admissam provocare voluerit, refutetur. Sane volumus ei iuxta ordinem iuris defensionis loco praescribtiones peremptorias, quibus ante uti debuerat, reservari. Quam formam ab his cognitoribus volumus observari, quibus necesse est interpositam provocationem nostrae insinuare clementiae: in ceteris vero iudiciis eadem, quae dudum statuta fuerat, forma servetur. Et cetera.

XI 36, 25: Post alia: Ab exsecutione appellari non posse satis et iure et constitutionibus cautum est, ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat, nisi forte executor sententiae modum iudicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, executione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur et idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor iudicaverit. Quod si de possessione vel fundis exsecutio concessa erit et eam suspenderit provocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito conlocentur, iure fundi penes eum qui appellaverit constituto. Sciant autem se provocatores vel ab exsecutione appellantes vel ab articulo ex his dumtaxat causis, ex quibus recipi iussimus provocationem, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animadversione multandos.

Der Duktus des Urgesetzes war hiernach der, daß ausgegangen wurde von der provocatio a praeiudicio, die Appellation ab executione an zweiter Stelle behandelt wurde und am Schluß ein Monitum mit Strafklauseln an beide Sorten von Appellanten erging. Im einzelnen: C. 23 verfügt, daß der Unterrichter einer Appellation ab articulo nicht nachgehen, vielmehr sie unbeachtet lassen und die ganze Angelegenheit

bis zum Ende untersuchen soll — stehe doch den Parteien die Appellation von der definitiven Sentenz zu. Strafe aufzuerlegen soll er keine Macht haben; die Verweigerung des Gehörs sei Strafe genug. Hier ist ein doppelter Gegensatz gegen Konstantin: einmal soll der Unterrichter die Appellation kupieren, während Konstantin sich an den Oberrichter wendet, und ferner ist die Folge nicht, daß der Oberrichter nunmehr untersucht und Strafe verhängt, sondern umgekehrt, daß der Unterrichter die Sache ganz durchführt, aber ohne Strafe zu verhängen. Es ist also das natürliche und zugleich eine milde Behandlung des wider den Stachel leckenden Präjudizappellanten: Provokation geht nicht, aber der Versuch ist straflos — lex perfecta, nicht plus quam perfecta. Die beiden folgenden Gesetze sind nicht ganz vollständig aufeinander eingestellt, aber es ergibt sich ohne weiteres, daß sie die Ausnahme behandeln, bei der auch vom Vorbescheid appelliert werden kann. Es ist dies die peremptorische Einrede. Wenn der Unterrichter über eine preemptorische Einrede entschieden, also z. B. dem umstrittenen Rechtsgeschäfte dolus oder metus abgesprochen hat, so wird damit noch lange nicht immer die Hauptsache entschieden sein; es kann z. B. noch eine Formfrage aufgeworfen sein, über die sein Entscheid noch aussteht. Hat er umgekehrt die peremptorische Einrede bejaht, so wird die Sache entschieden oder wenigstens spruchreif sein. Es scheint also, daß wesentlich für den ersteren Fall, der Ablehnung der peremptorischen Einrede, die Ausnahme gemacht wurde, daß von diesem Inzidenzpunkte Appellation gestattet war. Wiederum aber wurde, so führt der dritte Bestandteil aus, der in diesem Falle appellierende Beklagte genötigt abzuwarten, bis über alle seine peremptorischen Einreden entschieden ist, damit nicht der Oberrichter, mit handgreiflicher Verschleppung des Prozesses und Unbequemlichkeit für alle Teile, genötigt werde, sich je wieder und wieder mit einer neuen peremptorischen Einrede zu beschäftigen und das eintrete, was nach Macaulay im Prozeß des Warren Hastings ein englischer Lord also bezeichnete: daß die Richter sich Bewegung machten, indes der Prozeß stillstand. Dies ist es, was uns von Gratian und den Seinen

über die Präjudizialappellation erhalten ist. Es stimmt nicht ganz zu dem, was uns eine Verfügung von Valentinian und Valens aus dem Jahre 365 (c. 18 C. Th. XI 36) überliefert. Diese, vielleicht der Schluß eines größeren Erlasses an den praefectus urbis, lautet folgendermaßen: Nullum audiri provocantem ante definitivam sententiam volumus, si tamen in iudicio conpetenti negotium fuerit inchoatum, salva scilicet iuris antiqui moderatione atque sententia, cum vel exceptio opponitur vel ad agendum locus poscitur vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque haec inpatientia vel iniquitate iudicum denegantur. Similiter ne ab exsecutione quidem provocantem admitti convenit, si tamen executoris vitio minime modus sententiae transeatur. In fiscalibus quoque vel manifestis debitis et criminalibus confessis negotiis nec non etiam praeiudiciis omnis prava repugnantium amputetur intentio. Postremo universas appellationes, quas iura inprobant, non oportet audiri. Sie scheint namentlich in den drei letzten Sätzen in Verkürzung überliefert und gibt eine Zusammenfassung aller Fälle, in denen Appellation verweigert werden soll. Die beiden Sätze mit si tamen sind nicht einwandfrei, wie denn der erste die prozeßhindernde Einrede der Inkompetenz noch nach geschehener Litiskontestation regelwidrig gestattet, während der zweite über den exzedierenden Exekutor durch die erstaunliche Stellung des minime Bedenken erregt. Der erste etwas mehr ausgeführte Satz gibt außer dem Falle der denegierten Exzeption noch die unerklärte Wendung ad agendum locus poscitur und sodann Dilation zur Herbeischaffung von Urkunden oder Zeugen an. Ihm gegenüber enthält c. 23 eine strengere Praxis, denn sie schweigt auch von der Dilation und befaßt sich nur mit den Einreden. Auch in Beziehung auf die Exceptio scheint auf den ersten Blick eine kleine Abweichung vorhanden zu sein, insofern c. 18 von Denegation der Einrede spricht, dagegen c. 24 und namentlich c. 37 C. Th. XI 30 davon, daß der Richter die Präskriptionen ut leves putaverit improbandas. Indessen wird hier wohl nur die Ausdrucksweise verschieden sein. Auch der Schluß des ganzen Gesetzes (c. 25) zeigt, daß sich die Konstitution des Gratian auf

Appellation ab articulo und ab executione beschränkte. Dieser Schluß ist im Gesetzbuche zugleich das Ende der Verfügung, die sich hier im übrigen nur auf die Appellation ab executione bezieht. Die Zusammenfassung selbst zeigt die Zusammengehörigkeit der Verfügungen; die über die Exekution ist aber textlich bei weitem die lehrreichste. Sie erklärt zunächst, daß von der Exekution nicht appelliert werden könne, wie durch iura und constitutiones zur Genüge festgestellt sei, und fügt sogleich den Satz bei: ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat, nisi forte executor sententiae modum iudicationis excedat. Daß das ganze Satzgefüge miserabel ist, braucht wohl nicht weiter bewiesen zu werden. Im Codex Iustinianus fehlt ita ut . . . . compescat; die Basiliken bringen es in der getreuen Übersetzung: *οὕτω μέντοι ὥστε καὶ τὸν ἐκκαλεσάμενον τὸ ταῖς ἡμετέραις διατάξεσιν ὡρισμένον πρόστιμον ὑποσχεῖν*; schwerlich ist es im Cod. Iust. in unserer Überlieferung verlorengegangen, sondern die Basiliken werden es aus dem Theod. entnommen haben. Es entsteht nun die Frage, ob der Satz dem Theod. eingefügt oder im Iust. gestrichen ist, will sagen, ob das Gratianische Gesetz ihn enthielt, und also im Theod. getreu wiedergegeben ist, oder er in diesem Gesetz fehlte und daher ein späterer Zusatz ist. Daß Justinian andere Quellen als den Theod. und daher auch ältere und reinere als diesen zur Verfügung hatte, ist dadurch bewiesen, daß er Konstantinische bis Theodosische Gesetze bringt, die dem Theod. fremd sind. So gut er hier aus der Zeit der Gesetze des Theod. eigenes und dem Theod. fremdes Material bietet, war er auch in der Lage, für Gesetze des Theod. deren Vorlage zu benutzen. Es ist daher zwar bei der großen Zahl von Fällen, in denen Justinian offensichtlich des Theodosius Fassung benutzt und dabei verkürzt, verschlimmbessert und verbreitert hat, im hohen Maße unwahrscheinlich, aber durchaus nicht aus dem Bereich des Möglichen auszuschließen, daß Justinian hie und da die ältere Form bewahrt hat oder ihr mindestens näher steht als Theodosius. Ein Gesetz, bei dem ich jüngst noch geschwankt habe, scheint mir jetzt sicher in der Justinianischen Form dem Urtext verwandter als in der des Theo-

dosianus, und wiederum dürfte Justinian in diesem Fall nicht den Theodosianus zurückgebildet, sondern den Urtext verständiger und minder stark gewandelt haben.

Geht man von diesem prinzipiellen Standpunkt an unsere Stelle heran, so erhebt sich vor allem die Frage, ob irgendein Indiz für Gratian oder für Theodosius als Urheber jenes Satzes spricht; und der Zufall will es, daß das Wort compescere in unserem Gesetzbuch das fast ausschließliche Eigentum des Gratianus ist. Es kommt vor:

IX 7, 2, 9 (326);	IX 13, 1, 5 (365?);
XIV 4, 4, 12 (367);	I 29, 5, 10 (370);
VI 4, 22, 13 (373);	IX 6, 1, 3 (376);
VIII 5, 35, 3[2] (378);	XI 36, 25, 4 (378);
XVI 10, 22, 2 (423).	

Es ist daher eine größere Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Satz inhaltlich dem Gratian seine Entstehung verdankt. Trotzdem glaube ich nicht, daß er in dieser Form an diesem Orte gestanden hat, halte es vielmehr für das Wahrscheinliche, daß über die Bestrafung des ab executione appellierenden Prozeßfrevlers in dem Urgesetz ausführlich gehandelt war, daß dies, als öfters ausgesprochen, von den Sammlern zusammengestrichen und nur der Fall ausführlich beibehalten wurde, in dem eine Appellation ab executione möglich war. Welches dieser Fall war, geht aus den Rudimenten der c. 25 nicht mehr klar hervor. Denn die Appellation gegen den Exekutor, der, über das Urteil hinausgehend, vollstrecken will, kann nicht gut im Urtext gemeint gewesen sein; ist doch die bewegliche Sache bezeichnet als eine solche: ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta und die unbewegliche so: de possessione vel fundis executio concessa erit. Namentlich nach dem ersteren Ausdruck ist es aber kaum möglich, daß der Exekutor hier das Urteil überschreitet; denn es ist ja zur Restitution ebendieser Sache die Mühewaltung des Exekutors gewährt (gerade vom Richter). Ganz ohne Sicherheit, bei dem Zustande der Überlieferung, möchte ich an den Ausdruck modum iudicationis excedere die Vermutung schließen, daß der Fall gemeint ist, da die Exekution über die sachliche Zuständigkeit des Richters hinausgeht. A quo si fuerit appellatum schließt

sich schlecht an, und die ausführliche und schön auf bewegliche und unbewegliche Sachen verteilte Vorschrift über das Verhalten in dem Ausnahmefall paßt wenig zu dem leicht hingeschleuderten Anfang. Am Schluß der Stelle wird, wie gesagt, zusammengefaßt, was gemeinsam über die Provokation ab executione und ab articulo zu sagen ist, und da begegnet wiederum eine Inkongruenz zwischen Iustinianus und Theodosianus.

Es wird hier eingeschärft, daß die Provokatoren, mögen sie nun von der Exekution appellieren oder vom Gliedspruch, mit 50 Pfund Silber gebüßt werden, wenn sich herausstellt, daß sie verkehrterweise die Intention des Richters suspendiert haben. Der Richter (cognitor) ist hier der Unterrichter, Z. 8 ist der Oberrichter als sacer cognitor bezeichnet. Es ergeht also die Strafe, wie billig, wegen unbegründeter Verzögerung der Vollstreckung des ersten Urteils. Hier schiebt nun die Theodosianische Version bei der Bezeichnung der Appellanten ein: ex his dumtaxat causis, ex quibus recipi iussimus provocationem („nämlich" oder „lediglich" „aus den Gründen, aus denen wir Annahme der Provokation anbefohlen haben"). Die Justinianische Version mit den Basiliken läßt dies Sätzchen aus. Das Teilgesetz (c. 37 C. Th. XI 30) sagt, daß bei Vernachlässigung peremptorischer Präskriptionen, wenn von dem Interlokut appelliert sei: provocatio huiusmodi recipiatur, und es ist sehr wohl erklärlich, wenn bei der Zerschneidung des Gesetzes für die Zwecke der Theodosianischen oder einer früheren Sammlung der Sicherheit wegen auf diese Einschränkung noch einmal verwiesen wurde, welche sich im fortlaufenden Tenor des Urgesetzes erübrigte. Umgekehrt würde Justinian, wenn er diese Bestimmung des Urgesetzes von sich aus gestrichen hätte, nicht nur gegen seine Gewohnheit gehandelt haben, sondern er hätte auch, wie dies von Godofredus, der ihm das zutraut, ausgeführt wird, arg verkehrt seinen Schnitt ausgeführt: 'Detracta haec sententia Cod. Iust. summa incogitantia: alioquin enim, si ius novum Iustinianus respexisse voluit, penitus sustulisse eum oportuit illa, *vel ab articulo*.' Justinian hat in seiner Constitutio 36 de Appellationibus (VII 62) bestimmt, daß überhaupt nur

χρὴ μετὰ πᾶσαν τὴν δίκην τότε τὴν ἔκκλησιν ἐπιδοθῆναι; er bezieht sich dabei ausdrücklich auf die μαρτύρων ἀναγωγὴ ἢ ἀνάγνωσις συμβολαίων, man vergleiche dilatio instrumentorum causa aut testium der c. 18 C. Th. XI 36. Wenn Justinian hier mit Rücksicht auf diese Verfügung weglassen wollte, so hätte er allerdings vor allem vel ab articulo zu streichen gehabt. Es ist eine quaestio facti, die mit unsern heutigen Mitteln kaum entschieden werden kann, ob Justinian die Feinheit hatte, bei seiner c. 5 (C. Iust. VII 65) sich seiner c. 36 (C. Iust. VII 62) zu erinnern, dabei aber den falschen Zug tat, statt des articulus das immerhin doch einschränkende folgende Satzglied zu tilgen; aber wahrscheinlicher dünkt mir, daß er ein Einschiebsel der Theodosianischen Sammlung weggelassen hat, das dem Urgesetz fehlte und den Klang wie den geistigen Lauf desselben erheblich schädigte. Bei diesem Falle bitte ich, die Stelle laut vorzutragen, dann wird der didaktische, schwerfällige Einschlag in das rhetorische Gewebe sich zeigen.[1]) Die Formel 'ex his causis, ex quibus' finde ich sonst im Theodosianus nicht; auch dies bedeutet ein Argument dafür, daß sie nicht dem natürlichen Ergusse kaiserlicher Werke eigentümlich ist. Es ist damit doch ein recht gewichtiges Moment dafür gewonnen, daß der Theodosianus nicht allemal vor dem Justinianus die Treue der Überlieferung der Urgesetze voraus hat. In der Tat dürfte die Schlußbestimmung, daß, wer von der Exekution oder dem Articulus appelliert, wenn er sachfällig wird, auch geldstraffällig wird, einen guten Abschluß des ganzen Gesetzes gebildet haben. Nimmt man aber dies an, so ist ein weiterer Fall der Erscheinung, daß registrierende und rekapitulierende Sätzchen mit dumtaxat, dem Urgesetze fremd, später eingeschoben sind.

Da die Erörterung nun bei der Appellation ist, so sei noch auf ein anderes hingewiesen: Der Titel XI 34 im Theodosianus behandelt die, welche behaupten, aus Furcht vor dem Unterrichter die Appellation unterlassen zu haben.

---

[1]) In gleicher Weise ist in C. Th. 8, 18, 1 pr.: in maternis dumtaxat facultatibus und in § 1 ebenda: in maternis dumtaxat successionibus Einschub. Woher? ob bloßes Marginale oder Zeichen größerer Verschiebungen im Laufe der Zeit, darüber habe ich viel nachgesonnen.

Man muß, um diese Behauptung seelisch zu begreifen, etwa an das militärische Beschwerderecht denken. Vorgekommen sind derartige Fälle, in denen die Furcht vor dem Unterrichter der Appellation hinderlich wirklich war oder auch nur vorgeschützt wurde, um die unterlassene Appellation nachzuholen, sicherlich in großer Zahl, und es scheint, daß gerade der Kaiser mit solchen Supplikationen behelligt wurde, die nach versäumter Appellationsfrist an ihn ergingen. Nun haben wir zwei Gesetze: c. 1 und 2 C. Th. XI 34 von Konstantin und Konstantius unter dem Titel: De his, qui per metum iudicis non appellaverint. Sie sind nicht die ersten Verfügungen über diesen Gegenstand, auch von Diokletian birgt der C. J. eine derartige Verordnung; wohl aber sind die beiden Gesetze des Theodosianus untereinander von entgegengesetzter Tendenz. Konstantin in dem am 1. September 331 an die Gesamtheit der Provinzialen ergangenen Gesetze, übrigens einer wahren lex satura, geht mit drakonischer Strenge gegen die vor, welche das Urteil der vice nostra fungierenden Richter nicht durch Provokation angreifen, sondern den Prozeß reparieren wollen: sie sollen nach einer Insel deportiert werden, und dies findet sich auch in c. 17 C. Th. XI 30, einem andern Teile dieses großen Gesetzes. Justinian mildert die Strafe dahin, daß der Übeltäter nicht gehört wird, und der ignominia verfallen soll (wie — nach Konstantin — in dem Falle der c. 16 [C. Th. XI 30], die ebenfalls in dies Gesetz gehört). Die Härte des Konstantin in diesem Falle ist uns zweimal bezeugt, einmal in der Beschränkung auf die, welche, Furcht vorm Richter vorschützend, nach unterlassener Appellation supplizieren, das andere Mal ohne Rücksicht auf diese Begründung. Konstantius nun hat wohl den gleichen Fall im Auge, nur setzt er als Vorinstanz den praefectus urbi und den proconsul Africae; aber seine Stellung zur Sache ist eine völlig verschiedene: er hat mit den berufungsscheuen Supplikanten Mitleid, wenn sie behaupten, durch den Richter eingeschüchtert zu sein, und gewährt ihnen als praesidium Entscheidung durch den Kaiser oder, auf Delegation, durch den praefectus praetorio, aber um ihnen zu helfen, nicht um wie Konstantin sie deportieren zu lassen. Wie uns

das Konstantinische Gesetz überliefert ist, ist allein die Tatsache, daß der appellationsscheue Supplikant Reparation des Prozesses beantragt, genügender Grund zur Deportation, wenn er Furcht vor dem comes etc. als Grund seiner Säumnis angibt. Nach Konstantius ist ihm zu helfen, und zwar unter der gleichen Voraussetzung, unter der Konstantin gegen die Urteile der Vikare geholfen hat. Entweder ist c. 1 nicht die von Konstantius in Bezug genommene Verfügung des Konstantin, oder es hat mit ihr eine Verkürzung stattgefunden, die ihren Sinn in Dunkel hüllt. So wie sie dasteht, unterscheidet sie sich von c. 17 C. Th. XI 30, einem andern Teil des großen Gesetzes, wesentlich nur durch die verstümmelt überlieferte Hervorhebung: firmantes se per metum appellationis omissae[1]) auxilium. Der Wirrwarr in dem Titel ist so groß, daß man daran denken könnte, es sei dieser Satz in die Konstitution eingesetzt worden, damit man zu Constitutio Zwei die Eins habe, auf die sie sich beziehen sollte. — Gegen die Furchtsamen, die aus Angst zu spät appellieren, wendet sich auch Julianus in C. Th. 11, 30, 30 (362 Dec. 18): .... Omnes igitur qui contra praefectos urbi seu proconsules seu comites Orientis seu vicarios sub specie formidinis provocationem non arbitrantur interponendam, a renovanda lite pellantur. Nobis enim moderantibus rem publicam nullum audebit iudex provocationis perfugium iurgantibus denegare.....

II. Nochmals: Intra tempus.

a) Navicularii.

XIII 9, 6 (412 Mart. 17): Post alia: De submersis navibus decernimus, ut levato velo istae causae cognoscantur. Et si quisquam de talibus negotiis aliquid accepisse detegitur, iudex, aput quem constiterit, his conquerentibus qui nudantur pro qualitatibus personarum multandi removendi proscribendi habeat potestatem. Si vero causarum talium cognitores, libelli datione vel planaria interpellatione commoniti, intra metas temporis constituti, hoc est intra biennium causis talibus veteri lege praescribtum, has causas audire neglexerint et legitimum tempus fuerit elabsum,

[1]) omisisse Cuiacius (Mommsen).

praeiudicium noceat eatenus cognitori, ut naviculario propter vitium iudicis absoluto mediam oneris eius partem, [propter cuius probandam amissionem legitimo dumtaxat tempore cognitio petebatur?] iudex cogatur inferre, residuam vero officium eius exsolvat.

Diese Stelle aus dem Titel: De naufragiis beschäftigt sich mit der Regreßpflicht, die den Reeder trifft, wenn das Schiff untergegangen ist. Diese Rechtsfrage war verschiedentlich der Gegenstand kaiserlicher Sorge gewesen, und es sind uns Verfügungen über die nachträglichen Untersuchungen erhalten, worin die Pflichten des Navikulars in Beziehung auf Sicherheit, Jahreszeit und anderes erörtert werden. Wie aber nach heutigem Recht die Todeserklärung der seit dem Schiffsunfall Vermißten nach einem Jahr ausgesprochen wird und der Untergang eines vermißten Schiffes nach ein, zwei, drei Jahren vermutet wird, so hat auch die Regreßklage gegen die Navikulare ihre bestimmten Fristen und zwar in doppelter Hinsicht: wenn das Schiff untergegangen ist, so hat der Navikular sich beim Provinzchef zu melden und bei ihm durch Zeugen seine Unschuld an dem Ereignis zu erhärten, worauf er innerhalb der Frist eines Jahres (wohl vom Untergang des Schiffes): veritate relata remedium ex indulgentia consequatur. Nach Ablauf des Jahres sollen die Klagen nicht mehr angenommen werden. Diese Bestimmung der c. 1 (C. Th. XIII 9) ist nun durch die spätere Gesetzgebung ein wenig modifiziert, insofern c. 2 (eodem) je nach dem Reiseziel ein oder zwei Jahre festsetzt, ähnlich wie bei uns die Fristen des vermißten Schiffes in derselben Richtung variieren. Die Fristbestimmung von c. 2 ist in den Justinianischen Kodex nicht aufgenommen. Justinian hat also allein die c. 1 mit ihrem annus. Konform hiermit gibt Justinian, bei dem unsere c. 6 als c. 5 im Titel XI 6 auftritt, die Frist von zwei Jahren, die er ebenwohl festhält, nicht mit der Umschreibung: intra metas temporis constituti, hoc est intra biennium causis talibus praescribtum, sondern er sagt einfach, reformatorisch im Sinne von Honorius und Theodosius, intra biennium, nennt diese Zeit auch nicht: legitimum tempus, sondern einfach hoc tempus im unmittelbaren Anschluß an das bien-

nium und läßt den Ausdruck legitimum tempus erst einige Zeilen später passieren. So der Tatbestand des Titels De naufragiis. Nun ist wohl kaum zu bestreiten, daß Honorius und Theodosius, wenn sie ein biennium für diese Frist setzen wollten, sich unmöglich so ausdrücken konnten, wie das Theodosianische Gesetzbuch ihnen zumutet; wenn sie einfach die Zweijahrfrist festhalten wollten, so konnten sie sich wie Justinian begnügen, intra biennium zu sagen, oder wenn sie den Ruhm der Erfindung dieses Zeitraumes ablehnen wollten, war hinzuzufügen causis talibus veteri lege praescriptum, wie es ja auch dasteht: oder sie konnten intra metas temporis constituti vorausschicken und ein, in diesem Falle geschmackloses hoc est intra biennium folgen lassen. Aber erst einmal das temporis constituti voranschicken, darauf es erläutern und nochmals als durch das frühere Gesetz eingeführt bezeichnen, scheint mir ganz unmöglich, auch wenn ich davon absehe, daß causarum talium cognitoris .... causis talibus veteri lege praescribtum, has causas audire neglexerint, den Wegfall des mittleren causis talibus fordert.

Es kommt aber hier keineswegs dadurch alles in die Reihe, daß die Floskeln um das biennium gestrichen werden, sondern die ganze Fristsetzung ist absichtlich verdorben. Dies zu erörtern wird es zunächst am Platze sein, das im Gesetz Vorhergehende, wie es sich durch 'et cetera' und 'post alia' ergibt, vorzuführen:

XIII 5, 36 (412 Mart. 17): Tributa navicularüs privilegia hac interminatione firmamus, ut, si quis cuiuslibet dignitatis iudicum vel militantum crediderit neglegenda et aditus negaverit petitum a se tuitionis praesidium, patrimonium suum noverit istius functionis oneribus addicendum sine ulla spe veniae, quam de nobis sub annotationis indulto meruerit. Illud etiam addimus, ut decem librarum auri multa tam naviculariis quam iudicibus nec non proconsuli et vicario spectabilibus viris et v(iro) c(larissimo) annonae p(rae)f(ecto) officiisque eorum proponatur, si umquam ordini memorato, [vel ipsi coegerint vel sponte cupienti quod non potest fieri ?] de centesimis suis auferri permiserint vel de propria substantia quidquam sportulae nomine cuiquam

donare vel offerre personae, ut a singulis constitutum multae pondus non ambigant exigendum. Accipientem quoque quadruplum fisco nostro iubemus exsolvere. Et cetera.

XIII 5, 37 (412 Mart. 17): Post alia: Si ulla dignitas vel apparitio frumenti curam sustinens dirigendi a naviculario magistrove navis aliquid accepisse detegitur, probato crimini pro motu iudicis poena non desit. Et cetera.

Das ganze Gesetz beschäftigt sich mit den Privilegien der Staatsreeder und schützt diese gegen Übergriffe und gegen Versäumnisse der Verwaltung und der Gerichte: Der Navikular hat ein Anrecht auf Schutz durch die kaiserlichen Beamten und wird nur bei Bestechungsversuchen mitbestraft. Nun beschäftigt sich unser Gesetzesteil (XIII 9, 6) mit dem Untergang der Schiffe. Für diesen Fall kommt es darauf an, ob den Schiffer Schuld trifft oder nicht. Dies muß innerhalb eines oder zweier Jahre in gerichtliche Kognition geleitet werden, die (nach C. Th. XIII 9, 3, 1) wiederum binnen fünf Jahren beendet sein muß. Hier hinein spielt nun eine andere Rechtsregel, die im Titel von den Navikularen des öfteren erwähnt wird. Der Staatsreeder hat innerhalb von zwei Jahren entweder die Quittungen über das abgelieferte Gut abzuliefern oder das periculum zu beweisen. Innerhalb von zwei Jahren sollen sie also abliefern oder die Tatsache beweisen, welche sie haftfrei macht. C. 26 C. Th. XIII 5 unterscheidet noch zwischen dem Tag, von dem die Quittungen ausgestellt sein müssen (durch die Empfänger der Waren) und der Ablieferung der Quittungen an die Behörde; für erstere ein Jahr, für letztere zwei Jahre. Es sind also ganz klärlich zwei Reihen von Bestimmungen da, deren eine sagt: Quittung innerhalb zwei Jahren vorbringen oder Untergang beweisen; die andere: beim Untergang sich melden innerhalb eines Jahres. Wenn auch diese Frist später für gewisse Fälle auf zwei Jahre verlängert worden ist (durch c. 2 C. Th. XIII 9), so ändert dies doch nichts daran, daß sie verschieden ist von der durchaus und von Anfang an zweijährigen Frist für die Reportation der securitates. (Dies Spatium wird auf ein Constantinianae legis indultum zurückgeführt c. 26 C. Th. XIII 5, besteht noch 392 — c. 21 C. Th. XIII 5 — und ist auch später in unserem

Gesetzbuche nicht geändert.) Diese Frist nun dürfte sich beziehen auf die Empfänger der Waren, denen der Navikular haftet, wenn er nicht binnen zwei Jahren abliefert. Dagegen aber bezieht sich die Frist von einem Jahre auf den dem Staate zu liefernden Beweis, daß das Schiff untergegangen ist, und dieser Beweis hat (abgesehen von dem verwickelten Falle des Verschuldens) zur Folge, daß der Staat vor den Riß tritt und die Eigentümer der Waren seinerseits entschädigt. Man kann modern so ausdrücken: Der Reeder trägt den Empfängern (oder Absendern, das ist hier gleichgültig) gegenüber die Gefahr, ist aber beim Staate gewissermaßen versichert: Diese Versicherung muß er binnen Jahresfrist anmelden und (nach c. 3 § 1 C. Th. XIII 9) binnen fünf Jahren durchführen, und dabei handelt es sich nicht bloß um den Beweis, daß das Schiff untergegangen ist, sondern auch um den, daß es ohne sein oder seiner Leute Verschulden untergegangen ist. Zeigt sich dies, so erfolgt Absolution des Navikulars und der Staat haftet. Der Navikular wird also absolviert, wenn ihm nicht Verschulden nachgewiesen wird; ist nun diese Absolution erfolgt, weil der Richter im Amte gesäumt hat, so muß der Richter mit seinem Offizium dem Staat aufkommen. Erweitert man dies auf den normalen Fall, daß es sich um Staatsgut handelt, welches der Navikular als Fracht führt, so stellt sich die Sache folgendermaßen: Auch hier ist, und hier gerade ursprünglich, der Navikular verpflichtet, innerhalb von zwei Jahren den Empfangsschein des Destinatärs vorzulegen: sonst wird er dem Empfänger sachfällig, wenn er sich nicht ausweisen kann über zufälligen Untergang. Diesen zufälligen Untergang aber beweist er nicht etwa nach Ablauf von zwei Jahren, sondern er muß sich gemeldet haben innerhalb eines Jahres. Innerhalb eines Jahres muß untersucht und an die Präfektur referiert worden sein. Ist diese Einjahrfrist durch Schuld des Navikulars versäumt und also über den zufälligen und ihn befreienden Untergang nicht binnen Jahresfrist referiert durch seine Schuld, so ist er wiederum sachfällig. Ist aber von ihm das seinige geschehen und durch Liederlichkeit (oder Schlimmeres) des Richters die Frist verstrichen, innerhalb deren allein Ko-

gnition erbeten werden konnte, so hat der Richter mit seinem Offizium zusammen gewissermaßen sich den Prozeß angehenkt; er trägt den Schaden ohne etwa, so scheint es, das Recht zu haben, seinerseits gegen den Navikular den Beweis zu versuchen, daß dieser am Schiffbruch schuld oder sonst von Schuld nicht frei sei. Danach würde ich vermuten, daß in dem Gesetz einfach stand: intra metas anni, weiter nicht legitimum tempus fuerit elapsum, sondern annus fuerit elapsus, und endlich: propter cuius probandam amissionem uno dumtaxat anno cognitio petebatur (im Sinne von peti poterat); für die letztere Vermutung: uno dumtaxat anno statt legitimo dumtaxat tempore habe ich eine Parallele in c. 4 C. Th. XII 6, wo zu lesen steht: Ad virum clarissimum proconsulem Africae dari litteras iubemus, ut sive ex principalium sive ex honoratorum numero pro merito fidei suae industriaeque susceptor vestium electus fuerit, huiusmodi necessitatis sarcinam uno dumtaxat anno sustinere praecipiatur; es leuchtet auch ein, daß gerade uno anno sich für das Einschalten von dumtaxat besonders eignet.

Intra metas temporis constituti finde ich nur noch in der Sirm. 16, 9[2], aber dort in einem Zusammenhang, der es doch anders brauchbar erscheinen läßt: Hos decet aut datum pro se pretium emptoribus restituere aut labore, obsequio vel opere quinquennii vicem referre beneficii, habituros incolumem, si in ea nati sunt, libertatem. Nec honestas emptoribus quinquennii tempus ad conpensationem maioris forsitan pretii datum ingemiscat exiguum, quia humanae vitae fragilitas forte intra metas potest temporis constituti deficere nec ad legis beneficium pervenire. Hier bezieht sich also constitutum tempus auf die unmittelbar vorher genannte Zeit von fünf Jahren und kann wohl bedeuten 'die oben festgesetzte Frist'. Da der Kaiser der Sirmondiana einer der beiden unseres Gesetzes ist, so ist zu schließen, daß diesen der Gebrauch von intra metas temporis constituti t. nicht fremd war; man könnte also auch vermuten, das vorher etwas auf den annus Bezügliches gesagt war, dann gestrichen wurde für den Theodosianus und also das unvermittelte intra metas temporis constituti stehen blieb

und durch hoc est .... gestützt wurde. Die Vermutung annus elapsus und uno dumtaxat anno wird dadurch nicht erschüttert.

Hiernach glaube ich, in dieser Stelle ein Beispiel der in den Pandekten so oft zu beobachtenden Veränderung wiedergefunden zu haben, die dem Wechsel der gesetzlichen Fristen dadurch gerecht zu werden strebt, daß sie für die konkrete gesetzliche Frist einen allgemeinen Ausdruck der abstrakten gesetzlichen Frist einsetzt. Bei der Häufigkeit der Abänderung der gesetzlichen Fristen im späten Kaisertum, bei der Leichtigkeit für den absoluten Herrscher, wie im Verwaltungswege derartige Fristen zu verlängern oder zu kürzen, konnte das Verfahren den Verfassern des Theodosianus allerdings nahe genug liegen. So wie die Herrscher die Zahl der folles, die man als Strafe zu zahlen hatte, nach Laune erhöhten und herabsetzten, so die Zahlen der Jahre für die Fristen, und wohl mochte die Kommission häufig es für richtiger und namentlich für sicherer halten, durch den abstrakten Ausdruck der Gefahr auszubiegen, daß die konkrete Zahl der Verfügung einer früheren oder späteren, im Gesetzbuch vielleicht anderswohin verirrten Zahl widersprechen könnte.

b) Unde vi.

Die hier beobachtete Erscheinung soll an einem Gesetze weiter verfolgt werden, das den juristischen Erklärern keine geringen Schwierigkeiten geboten hat, an c. 1 C. Th. IV 22 (Unde vi).

IV 22, 1 (326 Oct. 23): Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes. Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut inlibatis atque omnibus integris causae principalis internis id solum diligenter inquirant, utrum eius qui quolibet pacto peregrinatur possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. Nec eos, qui deiecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiundo rei secludant, nec si servi sint eorum reiciant

in iure personam, quia huiuscemodi condicionis hominibus causas orare fas non sit, sed post elabsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel neglegentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia quae supererunt ad disceptationem litigii inmutilata permaneant, iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri.

Um in den Zusammenhang hineinzukommen, halte ich es für richtig, die Deduktion hier abzudrucken, durch welche Ubbelohde in Glücks Kommentar[1]) die Sache gefördert hat; sie gibt die Elemente für die meines Ermessens notwendige Erklärung so vollständig, daß nur die Schlußziehung übrigbleibt: „Übrigens ist es schwerlich richtig, ihre Vorschrift ausschließlich von der Wiedererlangung des Besitzes von Grundstücken zu verstehen. L. 1 cit. [= C. Th. IV 22, 1] spricht vielmehr ganz allgemein von Abwesenden, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt; genau entsprechend bezieht sich l. 4 Cod. Theod. cit. auf alle Fälle, in denen Abwesenden perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, wie sie unterschiedslos redet von his, quae comprobantur ablata — quae erepta esse constat; und l. 6 eod. bietet wenigstens keinerlei Anhaltspunkt für eine Beschränkung auf Grundstücke. Nicht minder passen die weiteren Ausdrücke der l. 1 cit.: privati, possessio ablata, violentia auch auf bewegliche Sachen. Umgekehrt dagegen nötigt der, allerdings nur für gewaltsame Entziehung von Grundstücken gebräuchliche Ausdruck deiecti um so weniger zur ausschließlichen Beziehung des Gesetzes auf Grundstücke, als dessen Anwendung ohne Zweifel vorzugsweise für solche bestimmt war. Den Ausschlag jedoch

[1]) Serie der Bücher 43 und 44. Fünfter Teil S. 671.

dürfte der Ausdruck geben spatia recuperandae possessionis legibus praestituta. Denn das Unde vi hat nur e i n spatium; den annus utilis; eine Mehrheit zeitlicher Begrenzungen der rekuperatorischen Besitzklagen stellt sich nur dann heraus, wenn das Utrubi einbegriffen wird; und auch die spatia leg*ibus* praestituta, das tempus —, quod recuperandae possessioni leg*ibus* praestitutum est, gewinnen erst dann eine volle Bedeutung, wenn sie nicht lediglich von der durch das edictum de interdicto Unde vi non armata gesetzten zeitlichen Beschränkung zu verstehen sind. Demgegenüber ist es ganz unerheblich, daß der Codex Theodosianus die Konstitution Konstantins in den Titel Unde vi stellt: enthält dieser Titel als l. 3 doch auch eine Konstitution von Valentinian II., Theodosius und Arcadius, die sich unbestrittenermaßen nicht minder auf bewegliche Sachen bezieht als auf Grundstücke, übrigens als l. 7 in den gleichnamigen Titel des Codex Iustinianus aufgenommen worden ist."

Auch Gotofredus ist geneigt, hier eine Beziehung auf bewegliche Sachen zuzugestehen. Er führt zugunsten der erweiternden Auslegung auch seinerseits cuiuslibet rei am Anfang der Stelle an, beruft sich aber im übrigen mehr auf die nach unserer Lex geformte c. 4, durch die, wie sie selbst sagt, legis iteranda sunt beneficia, quae tantum absentibus detulerunt, ut inperturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae servis etiam praebeatur facultas. Meiner Empfindung nach mag allenfalls diese letztere Constitutio (c. 4) von 396 auch auf bewegliche Sachen zu beziehen sein, schwerlich aber die klarer durchdachte und juristischer redende c. 1. Cuiuslibet rei kann eine Sonderqualität innerhalb der Grundstücke ausschließen oder der Deutlichkeit halber später eingeschoben sein; den Gegensatz zwischen beweglicher und unbeweglicher Habe hier auszuschließen, sind die Worte schwerlich berufen. Der ganze übrige Verlauf der Vorschrift ist aber mit seinem possessio ablata est quam retinebat, seinem hos qui deiecti sunt, seinem restitutio interea differatur, seinem reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, und possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri, durch-

aus auf Immobilien zugeschnitten; ja die Erstreckung auf bewegliche Sachen würde uns dazu führen, daß für sie durch die Vorschrift des Gesetzes ungenügend gesorgt ist: bei dem edictum Utrubi nämlich, auf das nach der extensiven Auslegung sich die Phrasen des Konstantin über die recuperanda possessio nach Ubbelohde mitbeziehen sollen, wird längerer Besitz während des letzten Jahres verlangt: bei dem Unde vi genügt es, wenn ohnerachtet der eingetretenen Verjährung das Interdikt überhaupt gegeben wird, denn damit ist die Verjährung beseitigt; beim Utrubi ist außer der trotz Verspätung noch erfolgenden Gewährung des Interdikts noch eine Fiktion über den Besitzstand nötig, von der hier nicht die Rede ist. Das Argument aber, daß legibus auf ein zweites Interdikt neben dem Unde vi weise, ist rebus sic stantibus durchschlagend, bei näherer Betrachtung aber führt es gerade auf die entgegengesetzte Lösung im Sinne Konstantins: Konstantin nämlich, und dafür haben wir gerade beim Unde vi einen Fall, ist noch nicht so weit herabgekommen, ohne weiteres Edikt und Gesetz zu vermengen: so weit ist erst Justinian; daher hat zwar c. 5 C. I. VIII 4 Invasor locorum teneatur legitima, aber c. 1 C. Th. II 26 . . . . invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. Ebenso wird — damit fallen Schwierigkeiten — Konstantin den annus utilis, den die interpretatio zu unserer Stelle wie zu c. 6 eod. tit. unbefangen nennt, und den auch c. 2 C. I. VIII 4 von Diokletian bringt, als den maßgebenden Zeitraum wirklich genannt haben und erst die Folgezeit, für die wir eine frühere Sammlung oder die Theodosianische oder auch die Westgotische (denn nur durch das Breviar ist die Constitutio überliefert) zur konjekturalen Verfügung haben, wird für jenen einfachen Ausdruck die geschwollene und geheimniskrämerische Umschreibung gesetzt haben — vielleicht aus Unsicherheit, vielleicht aus Unwissenheit, vielleicht in fälschlicher Vermutung eines Einflusses der allgemeinen Verjährungsfrist auf das Interdikt. Um zusammenzufassen: nicht an zwei Interdikte denkt Konstantin, denn es handelt sich für ihn nur um eins; aber auch zwei Interdikte hätte er nicht mit legibus bezeichnet, und das eine also erst recht nicht;

an den annus utilis dachte er nicht bloß, sondern er nannte ihn auch. Auch formell glaube ich so zur Verbesserung der Stelle vorzudringen: post elapsa quoque *anni* spatia litigium eis inferentibus largiri conveniet liest sich und klingt besser, als wenn das langatmig zwischentönende recuperandae possessionis legibus praestituta beibehalten. Noch auffälliger ist bei absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est; hier wirkt absenti enim officere non debet *annus* emens*us*, sed reformato statu .... befreiend. Ja auch: cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus kann unter dieser Voraussetzung besser gemacht werden: das zweideutige reverso, weil rein sprachlich auch auf tempore beziehbar, würde ganz anders dastehen, wenn man als Urtext statt quolibet tempore '*post annum* reverso' vermuten darf. (Emenso anno XIII 9, 1. a. 372.)

III. Insinuation an mehrere Vormünder.

Zu den Formen der Interpolation, die uns von Justinian her geläufig sind, gehört eine Erweiterung des Tatbestandes, die, was von der aktiven Seite gesagt ist, ohne viel Besinnen auf die passive überträgt oder umgekehrt. Ein Beispiel hierfür bietet die Titelrubrik des Justinianischen Kodex: Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt, bei der deutlich die echte Gerichtsrubrik nur auf conveniri und nicht auf agere ging. Ähnlich nun findet sich als c. 1 C. Th. II 4 ein Gesetz von Konstantin, bei dem durch sachliche wie sprachliche Gründe die Vermutung nahegelegt wird, daß hier der einarmige Hebel hinterher zum zweiarmigen wurde: Si quando minoribus vel adultis inferenda lis erit vel ab ipsis minoribus vel adultis cuidam quaestio movenda sit, non alias cursus temporis incoetur, nisi ab universis, quos officii sollicitudo constringit, hoc est tutoribus, sive testamento sive decreto dati sunt, vel curatoribus, per quos minores defenduntur, vel iisdem omnibus sollemni more lis fuerit intimata. Quod si divisum administrationis periculum per provincias sit, his tantum omnibus insinuari convenit et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae vel curae officium sustinent, ne

de aliis provinciis defensores minorum ad iudicia perducantur.

Die Stelle handelt von der Intimation oder Denuntiation des Prozesses in der besonderen Anwendung auf die Prozesse der Minderjährigen.[1]) Wenn der Minderjährige im Prozeß begriffen ist, so ist naturgemäß nicht er die Persönlichkeit, die handelnd oder leidend den Beginn der Fristen bestimmt, sondern der Vormund ist maßgebend für die Prozeßführung. Nun hat aber der Mündel nicht immer nur einen einzigen Vormund, sondern es ist eine Mehrzahl von Vormündern häufig, unter denen das munus per partes oder per regiones geteilt sein kann. Hier sind ja verschiedene Regelungen denkbar: Interessen des Mündels auf besondere Sicherung stehen nicht minder gewichtigen Interessen des Gegners auf einfache Lösung entgegen. Unser Gesetz greift hier ein. Die Frage ist: wenn mehrere Vormünder sind, ist jeder statt aller oder alle nur mit gesamter Hand? Sehen wir, wie sie beantwortet wird. Wenn einmal

Minderjährigen [vel adultis lasse ich immer weg] der Prozeß zu machen sein wird,	oder	von den Minderjährigen selbst gegen jemanden eine Klage ins Werk zu setzen ist,

[1]) Bei 'vel adultis' kann man seine Bedenken haben, nicht nur, weil es linea 4 und l. 8 fehlt, sondern auch, weil der Bestand also aufzunehmen ist: 3, 10, 1, 24: nuptias .... deceat de voluntate parentum vel de ipsis adultis puellis aut mulieribus impetrari. — 3, 17, 3, 16: parvulis adultisque (zusammengefaßt l. 21: in causis minorum). — 3, 30, 4 (1: Minorum defensores) 3: pupillo nihil vel adulto perire opor[tet]. — 3, 30, 6 (1: Tutores eodem momen(to quo) fuerint ordinati mox adeant cognitores .... inventario.) 9: non (priu)s qualibet occasione mutandum, quam adultus legitimam (ing)ressus aetatem. — 4, 22, 2 (7: Si autem habito plerumque conludio curatores vel tutores mino-) 8: rum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis iurgandi copia et fructus adimatur. — 6, 4, 17 (7: personis .... si[ve] plenae aetatis sive) 8: adultae constitutae fuerint. — 9, 8, 1: Ubi puella ad annos adultae aetatis accesserit et adspirare ad nuptias coeperit, tutores necesse habeant comprobare. — 9, 8, 1 (326 ?) und 3, 30, 4 (331) sind von Konstantin. — 3, 30, 4 und 4, 22, 2 (381) zeigen deutlich, daß minor der Oberbegriff und adultus = minor pubes (9, 8, 1 = minor viripotens). Es müßte demnach heißen: 'pupillis vel adultis' oder aber 'minoribus'; denn vel = sogar ist hier ausgeschlossen.

dann soll, nur dann erst, der Lauf
der Frist beginnen, wenn

ihnen allen, wenn schon der Prozeß insinuiert ist.	oder	von allen, die die Amtspflicht zwingt usw.

Hier ist ein deutliches Beispiel des Chiasmus, wie er in den Pandekten oft auf die Spur einer Interpolation hilft. Der Tatbestand faßt zuerst den Fall ins Auge, wo der Minderjährige verklagt werden soll, der Befehl des Gesetzes umgekehrt zuerst den Fall, wo auf seiten des Minderjährigen geklagt werden soll. Schon dies macht es wahrscheinlich, daß dies Gesetz nicht so von Konstantin erlassen ist, sondern daß eine spätere und ungeschickte Hand auf die andere Seite erstreckt hat, was nur für die eine berechnet war. Denn wer ein Gesetz abfaßt, dessen Gedächtnisfrische reicht, zumal bei so einfachem Tatbestande, so weit aus, der Priorität des Tatbestandes die Priorität der Rechtsfolge entsprechen zu lassen. Man wird dieser meiner Behauptung vielleicht entgegenhalten, daß für Konstantin nicht die gedrungene Logik der Klassiker beansprucht werden kann, aber hier handelt es sich nicht um vorbildliche Prägnanz, sondern um das zugleich Erforderliche und dem natürlichen Instinkte Naheliegende, ja Notwendige.

Ferner: die Frage, um die es sich dreht, ist, ob es genügt, wenn nur ein Vormund so dasteht, wie beim Prozesse der Großjährigen der Großjährige selbst, oder ob dieser Status für alle gefordert werden muß. Nun erwäge man einmal, was wohl natürlicher ist, ob, daß alle Vormünder insinuieren müssen, oder ob, daß allen insinuiert werden muß. Es ist richtig, daß die Frist beide Parteien bindet und daß nach deren Ablauf nicht bloß der Beklagte, sondern auch der Kläger völlig gerüstet vor den Richter treten muß. Aber in aller Regel ist es doch das Interesse des Klägers, der den Prozeß betreibt, möglichst bald zum Ziele zu kommen, und wer für die Minderjährigen sorgen will, und das allein ist doch der Zweck unserer Verfügung, wird nicht die Bedingungen erschweren, unter denen eine Klage für den Minderjährigen in die Wege geleitet wird, sondern nur die, unter denen der verklagte Minderjährige vor das Urteil des Richters gestellt werden kann. Verteidigungsmaterial für

den Minderjährigen herbeizuschaffen, soll eine möglichst weite Frist bleiben, und darum soll die Notfrist nicht beginnen, bevor alle Vormünder informiert sind, aber daß sie nicht beginnen sollte, bevor alle Vormünder des klagenden Minderjährigen dem Gegner Fehde angesagt haben, dafür liegt in den Interessen des Minderjährigen kein zureichender Grund.

Auch der sprachliche Gehalt der Stelle im allgemeinen entspricht dieser Meinung: Für den Fall der Verklagung des Minderjährigen das korrekte lis inferenda erit, für den andern fällt aus der Konstruktion quaestio movenda sit; genau genommen paßt auch das Gerundivum recht gut nur für den Fall der Verklagung des Minderjährigen, denn man kann wohl sagen: Wenn einmal Minderjährigen eine Klage zu insinuieren ist, in dem Untergedanken nämlich, daß der Gegner den Prozeß beginnt und nun gewissermaßen insinuieren muß; dagegen ist die Anstellung der Klage durch die Minderjährigen ein Faktum des freien Beliebens, bei dem eine Prozeßnotwendigkeit nicht mitspielt. Man bedenke wohl: es handelt sich nicht um die mehr materielle Frage, ob ein Vormund einen Prozeß für den Mündel anfangen kann, sondern um die rein formale des Fristenlaufes; diese aber ist doch praktisch nur zu stellen für den Fall der Verklagung, in dem eben alle Mann an Bord gerufen werden, nicht aber für den der Ausklagung durch den Minderjährigen, bei dem es grotesk wäre, wenn der Beklagte das Schriftstück des einen Vormundes einfach ad acta legen könnte.

Zu diesem Resultat stimmt auch Form und Inhalt des § 1; die Form: denn hier heißt es: his tantum omnibus insinuari convenit et ab ipsis inferri litem; es ist also der passive Fall sprachlich abgeschlossen, bevor der aktive nachgeliefert wird, wobei genau genommen das inferri litem nach dem Anfang der Stelle Sache der Minderjährigen und nicht des Vormundes ist. Sachlich wegen der Begründung: ne de aliis provinciis defensores minorum ad iudicia perducantur: Wenn der Vertreter des minderjährigen Beklagten in einer andern Provinz wohnt und ihm insinuiert wird, so wird er genötigt, wenn er sich des Prozesses annehmen soll, von seiner Provinz weg in die des Pupillen zu kommen und

dort Recht zu nehmen; dies „Fortgeführtwerden“ soll vermieden werden und deswegen werden nur diejenigen Tutoren zitiert, die in der gleichen Provinz wohnen. Nur vom Beklagten kann man sagen, er werde vor ein anderes Gericht gerissen, wenn er nicht da verklagt wird oder vielmehr nicht da Rede stehen soll, wo er wohnt. Der Kläger muß ohnehin dem Forum des Beklagten nachgehen, und es kann nicht darauf ankommen, ob der Vormund in der Provinz des Gegners seines Mündels, sondern ob auch der Vormund in der Provinz, wo der Mündel wohnt, seinen Wohnsitz hat. Denken wir uns, es käme auch die aktive Seite in Frage, also nur die Vormünder brauchten zu insinuieren, welche die gleiche Provinz mit dem Gegner als Wohnsitz haben, so müßte, wenn der Mündel und alle Vormünder in einer andern Provinz allgemeinen Gerichtsstand haben als der Gegner, überhaupt gar keine Insinuation in den Rahmen unseres Gesetzes passen. Der Gegner hat im tiefsten Grunde doch dem Mündel zu insinuieren, und alles was hier wegen der Vormünder erörtert wird, ist nur Ersatz für diese prinzipale Pflicht. Würde er dem Mündel insinuieren, so wäre der Prozeß eben an dessen Wohnorte zu führen. Da diese Insinuation wegen der mangelnden Prozessierfähigkeit des Mündels ausgeschlossen ist, so wird den Vormündern der Streit intimiert; wenn allen, so müssen an sich sie alle am Wohnort des Mündels quasi Streitgenossen sein, das heißt, die in der andern Provinz Zuständigen müssen an einem andern Orte als an ihrem allgemeinen Gerichtsstand Rede stehen. Ebendies „Wegführen“ nennt das Gesetz 'de aliis provinciis'; es will also nicht, daß aus andern Provinzen die Vertreter der Minderjährigen hinweggeführt werden. Der Kläger wird in jedem Prozesse vor das Forum des Beklagten gerissen, der ruhende Pol im Prozesse ist der Beklagte. Wenn wir uns eine Vermögensverwaltung denken, bei der der Mündel in Schlesien wohnt und einen schlesischen Landwirtschaftsvormund sowie einen rheinischen Industrialvormund hat und aus Schlesien wie aus dem Rheinland Waren nach Berlin liefert, so gestalten sich die Klagen folgendermaßen: 1. Die Käufer in Berlin zahlen nicht; die Vermögensverwaltung muß klagen; denken wir uns nun

eine Bestimmung, wie die des Principium, wirklich auch auf diesen Fall der aktiven Prozeßstandschaft gemünzt, so ist gar nicht abzusehen, wie aus dem im § 1 angegebenen Grunde es unpraktisch sein sollte (falls es sich um schlesische Lieferungen handelt), wenn gerade der rheinische Vormund mit insinuieren müßte. Er wird ja nicht mehr und nicht weniger vor das fremde, Berliner Gericht 'perduziert' als der schlesische Mitvormund. Das freilich ist klar, daß der Sache nach der Industrielle von den Landwirtschaftsklagen verschont zu bleiben wünscht, aber das betrifft die divisio per partes, nach Geschäftszweigen, und von dieser ist hier nicht die Rede; denn das Bedenken des Industrialvormundes gegen seine Hineinziehung in landwirtschaftliche Prozesse trifft auch dann zu, wenn keine örtliche Trennung ist, wenn sie nicht als 'Provinzialminister' lokal getrennt, sondern als 'Ressortminister' vielleicht in derselben Stadt und in demselben Stadthause ihr vormundschaftliches Amtsquartier haben. Wollen wir die Sache auf die Spitze treiben, so können wir uns vorstellen, daß die landwirtschaftlichen schlesischen Waren eben nach dem Rheinland gehen, wo der Industrialvormund seinen Wohnsitz hat; wiederum mag er in demselben Hause wohnen wie der Abnehmer der landwirtschaftlichen Waren. Trotzdem soll er, wie das Gesetz im Theodosianus steht, um deswillen nicht mit insinuieren müssen, nicht mit den Streit erklären, ne de aliis provinciis defensores minorum ad iudicia perducantur, — da sich doch dieser Prozeß vielleicht drei Häuser weit von ihm vor dem Gericht abspielen wird, das zufällig auch das seine ist, während der schlesische Landwirt hundert Meilen weit von seiner Heimat den Prozeß abzuwickeln hat. Zweiter Fall: Der Berliner Abnehmer der schlesischen Landwirtschaftsprodukte vermißt zugesicherte Eigenschaften der Ware und klagt auf Schadenersatz: Zuständig, wenn wir auf die Provinzen des Konstantinischen Reiches übertragen, Gericht Breslau; wird hier auch dem rheinischen Industrialvormund oder auch einem Landwirtschaftsvormund insinuiert, so wird er allerdings in einen Prozeß gezogen, der hundert Meilen von seinem Wohnort sich abspielt. Daß der Kläger weder mit ihm, noch mit dem Schlesier den Wohnsitz gemein hat, tut

hier nichts zur Sache; denn dem Schlesier muß er, der Kläger, nachgehen; den Rheinländer reißt er (perducit) nach Schlesien. Nehmen wir auch hier wieder den extravaganten Fall, daß ein rheinischer Konsument Stadtgenosse, ja Hausgenosse des Industrialvormundes, Abnehmer der schlesischen Waren und demnächst Kläger ist, so hilft dem rheinischen Vormund die persönliche Nachbarschaft und die Gleichheit des Gerichtsstandes gar nichts, sondern wenn der § 1 nicht wäre und also der Kläger auch ihn packen dürfte, — so könnten sie beide zusammen die Reise nach Breslau machen.

Es wohnt also der Ausnahmebestimmung des § 1 wirkliche Kraft und darum Vernunft nur inne, wenn sie auf den Fall der passiven Prozeßvertretung auf Vormundsseite beschränkt wird.

Nun wird hier die Frage aufgeworfen werden: Wenn die Erstreckung auf die aktive Seite wirklich so unzweckmäßig, so haltlos ist, wie hier behauptet wird, warum soll denn die Urteilslosigkeit, die zu deren Einfügung geführt hat, soviel mehr dem Jahrhundert von Konstantin abwärts, als diesem Kaiser selbst zugeschrieben werden? Darauf kann ich nur erwidern: Die Sucht, durch Glosseme und Randbemerkungen den Inhalt einfacher Gesetze zu bereichern und namentlich von der aktiven Seite auf die passive, von der positiven auf die negative, von der Maximalgrenze auf die Minimalgrenze zu übertragen, ist keine dem Kaiser Justinian allein innewohnende Untugend. Sie kann nicht von ihm erfunden sein, hat vielmehr in gewissem Sinne schon in den Noten zu Papinian, in den Werken ad Sabinum und noch höher hinauf in der ganzen Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft ihre Wurzeln. Es ist eine brutale und, wenn nicht durch die culpa einer relativ gutgläubigen Verschmelzung gedeckt, eine unehrliche Form der extensiven Interpretation. Dem betriebsamen Erweiterer gesetzlicher Vorschriften ist eine palpable Torheit eher zuzutrauen als dem ursprünglichen Gesetzgeber, weil jenem das Metier gewisse Formen der Erweiterung nahelegt, von denen er im einzelnen Falle Gebrauch macht, ohne ihre Brauchbarkeit für diesen Fall erst lange zu prüfen. Es ist

eine Art Refrain, der gewohnheitsmäßig angefügt oder, vielleicht besser gesagt, abgehaspelt wird.

IV. Käufer und Begnadete.

X 1, 1 (315 Sept. 13): Si quid a fisco fuerit occupandum vel a nobis de cetero pro unius cuiusque meritis obsequiisque donandum vel ab eodem distrahendum, intra annum, omnibus vel a petitione vel a conparatione se abstinentibus ii, qui putant iniuste res proprias a fisco esse comparatas, contra eundem agere contendant scientes gratulantesque, quod annua spatia, intra quae suum repetant, sint indulta, ac si probaverint iustitiam petitioni suae adesse, recipiant et nostro beneficio habeant restituta.

In dieser Stelle tritt es vor Augen, daß ein Einschub vorliegen muß. Wenn vom Fiskus etwas zu okkupieren war (: 1); oder 2: von uns etwas im übrigen Einem nach Verdienst und Treue zu schenken; oder 3: von ebendemselben zu veräußern, dann sollen innerhalb eines Jahres, während alle von Klage und Erwerb sich fernhalten, die, welche glauben, daß ihre Sachen zu Unrecht vom Fiskus erworben sind, gegen denselben zu klagen streben, wissend und sich beglückwünschend, daß ihnen Jahresfristen, innerhalb deren sie das Ihre zurückfordern sollen, gewährt sind, und wenn sie bewiesen haben, daß ihrer Klage Gerechtigkeit anwohnt, sollen sie zurückerhalten und nach unserer Guttat restituiert bekommen. Man kann 1 und 2 nebeneinander ertragen und ebenso 1 und 3, aber 1, 2, 3 geht offenbar nicht: Wenn der Fiskus unter ab eodem zu verstehen ist, so verträgt das idem nimmermehr den Zwischensatz vel a nobis: die Beziehung ist viel zu weit. Wenn umgekehrt die Beziehung gelten soll, so muß der zweite Satz später eingeschoben sein. Die Wahl nun auszuführen, wolle man zunächst bedenken, daß das Gerundiv auch hier nur für den ersten und dritten Fall paßt: der Fiskus übt die Okkupation und ebenso den Verkauf der okkupierten Güter als Amtspflicht, und so ist vom Kaiser aus die Verbalform sachgemäß gewählt. Die Schenkung von der Allerhöchsten Stelle aus aber ist ihrer Natur nach Gnadensache und kann unter die gleiche Verbalform, ich möchte sagen: staatsrechtlich, nicht wohl gebracht

werden. Vel nobis visum erit donare oder Ähnliches könnte hier in Betracht kommen. Mehr noch: das Folgende beschränkt sich darauf, nicht bloß eine Klage gegen den Fiskus zuzusprechen, sondern es handelt auch lediglich davon, daß einige glauben, ihre Sachen seien vom Fiskus zu Unrecht erworben. (Mommsen begehrt statt comparatas [Z. 4] occupatas oder ein ähnliches Wort.) Zudem sollen sich alle innerhalb eines Jahres enthalten: a) der Petition, wenn der Fiskus okkupiert hat; b) des Erwerbes, wenn der Fiskus veräußert; so lange läuft die Klage gegen den Fiskus. Es ist also die ganze Verordnung gedacht lediglich für den Verkehr des Fiskus in seiner Eigenschaft als Konfiskant und Verkäufer des konfiszierten Gutes, und sie trifft durch die Jahresfrist die Kompromißentscheidung, die sie selbst als eine Vergünstigung, als eine Art von Huld gegenüber dem Publikum bezeichnet. Die kaiserliche Gnadenschenkung ist in der Folge nicht mehr erwähnt. In diesen Zusammenhang möchte ich bringen c. 1 C. Iust. VII 37 (Konstantin): Notum est a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse. additum etiam est et eos, qui nostra largitate nituntur, nulla inquietudine lacessendos nec his a fisco nostro controversiam commovendam, qui quoquo modo aut titulo easdem res possederint. Der Fall, um den es sich handelt, ist nicht ganz der gleiche; aber ein Justinianisches quadriennium continuum kann leicht bei Konstantin ein 'annus utilis' gewesen sein, zumal wenn unmittelbar hinterher eine Verfügung von Zeno folgt, wodurch ein quadriennium für einen verwandten Fall festgesetzt wird. Nun ist der zweite Satz, in dem das für den Fiskus Festgesetzte auf die kaiserlichen Largitionen erstreckt wird, zwar nicht so gehalten, daß die Worte additum etiam est[1]) dazu zwingen würden, anzunehmen, daß erst eine zeitlich spätere Verfügung den Rechtssatz auf die kaiserlichen Largitionen erstreckt habe; immerhin ist die Auslegung, es sei durch ein späteres Gesetz bestimmt worden, daß auch auf die Empfänger kaiserlicher Largitionen die Vierjahrfrist Anwendung finde, nicht nur möglich, sondern naheliegend.

[1]) Daß die Basiliken mit *προστεθὲν δέ ἐστιν* übersetzen, spricht immerhin dafür.

Auch haben wir im Theodosianus ein weiteres Gesetz, in dem, wer Eigentümer aus kaiserlicher Gnade ist, in einen Gegensatz zu denen gebracht worden, die vom Fiskus erwerben: es ist c. 1 C. Th. XII 11 (314 Jan. 30), die von den Schuldnern der Stadtgemeinde handelt. Wenn diese vom Fiskus verjagt sind oder, wie Konstantin sich euphemistisch ausdrückt (§ 62): fisco nostro locum fecerint, dann: emptores quidem, qui ex fisco nostro conparaverint, manifestum est secundum ius vetus et rescribta divorum constitutionesque nostras nullam debere molestiam sustinere, cum huiusmodi casibus rem publicam placuerit fortuita dispendia sustinere; qui vero aliquid ex eiusdem bonis principali liberalitate fuerint consecuti, iuxta legem latam obnoxii erunt rei publicae habita solidarum facultatum consideratione, quae fuerant debitoris, cum pecuniam rei publicae sumeret, ut pro rata corporis, quod ex largitate nostra retinent, conpetentem sortis atque usurarum partem exigantur.

Hier werden die Käufer, die sich auf den Fiskus verließen, geschützt, und der dadurch entstehende Schade auf die Stadtgemeinden überbürdet, während der gratuite Erwerber von kaiserlicher Gnade nach einem vernünftigen Kalkul sich an der Tragung des Schadens zu beteiligen hat.

Nun meine ich, daß die sehr zweckmäßige Unterscheidung zwischen Käufern und Gnadenträgern, wie wir sie in diesem Gesetze finden, ein gutes Relief abgibt für die sachlich wie sprachlich undurchführbare Gleichstellung beider Kategorien in dem wahrscheinlich verkürzten Gesetze, das den Titel X 1 eröffnet. Wahrscheinlich ist die Erwähnung der durch Schenkung Begnadeten aus einem späteren Gesetz hier hineingetragen und durch den Fremdkörper Sinn und Form der ursprünglichen Verfügung gestört.

Dieser Aufsatz berücksichtigt nicht die besonderen Verhältnisse des Theodosianus und seiner Entstehung; wird dies nachgeholt, so wird manche Instanz in verändertem Lichte erscheinen; aber die Grundzüge der hier ausgesprochenen Vermutungen werden hoffentlich bestehen.

IV.

Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip.

Von
Herrn Professor Dr. **Bernhard Kübler**
in Erlangen.

Nach der Lehre der klassischen Jurisprudenz der Römer wurde der Grad der Haftung für den Schaden, welcher einem der Kontrahenten aus dem Geschäfte entstanden war, nach dem Vorteil oder Nutzen bemessen, den der Haftpflichtige an dem Geschäfte hatte. Hatten beide Teile Nutzen, so haftete der Pflichtige für Fahrlässigkeit (culpa); hatte er allein Nutzen bei dem Geschäfte, so steigerte sich seine Haftung bis zur custodia, bisweilen darüber hinaus bis zur Zufallshaftung, d. h. er trug das ganze Risiko, jede Gefahr. Hatte er dagegen an dem Geschäfte gar keinen Nutzen, so haftete er nicht für Fahrlässigkeit, sondern nur für Vorsatz oder Arglist. Das erforderte die bona fides, unter deren Herrschaft alle diese Verträge standen. Ich habe diese Sätze früher zu erweisen gesucht.[1]) Doch hatte ich meine Aufmerksamkeit vorwiegend auf die actiones directae[2]) gerichtet. Es soll daher die Untersuchung durch

---

[1]) Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto v. Gierke, 1910, Bd. II S. 235—276. Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I, Heidelberg 1913, S. 19 spricht von einem „Seckel-Küblerschen Utilitätsprinzip". Ich weiß nicht, mit welchem Rechte. Ich habe mich in meiner Abhandlung auf den Boden der Seckelschen Custodialehre gestellt, habe aber an ihr nicht das geringste Verdienst. Die von Seckel im Wörterbuch s. v. culpa behauptete klassische Fünfteilung habe ich bestritten. Bei dem Utilitätsprinzip bin ich von Seckel unabhängig, und kann ich nicht einmal mit Sicherheit sagen, ob und inwieweit er mir zustimmt. Meiner Ansicht haben sich angeschlossen Müller-Erzbach, Arch. f. civ. Pr. 109, 37, und mit gewissen Einschränkungen F. Schulz, Grünhuts Ztschr. 38, 9 fg. und öfter.

[2]) Über den Unterschied vom iudicium contrarium Partsch a. a. O. S. 38.

eine Betrachtung der sogenannten actiones contrariae ergänzt und namentlich daraufhin geprüft werden, ob ihre Ergebnisse sich auch diesen gegenüber halten lassen oder ob sie dadurch erschüttert werden. Dabei kann die Erörterung auf die einseitigen oder unentgeltlichen Kontrakte beschränkt werden. Die zweiseitigen oder entgeltlichen können ausgeschieden werden, weil bei ihnen kein Zweifel darüber besteht, daß beide Teile für culpa haften, für nicht mehr und nicht weniger. Übrigens gibt es bei ihnen in der Regel keine actio contraria, sondern eine selbständige Klage, so bei Kauf, Miete und Gesellschaft. Eine Ausnahme bilden nur Pfandfiduzia und actio pigneraticia contraria. Auf diese werden wir gelegentlich zurückkommen. In erster Linie interessieren hier jedoch die unentgeltlichen Geschäfte, fiducia cum amico contracta, Depositum, Mandat und Kommodat. Der Kommodant hat von dem Geschäfte keinen Nutzen, muß also, falls das Utilitätsprinzip konsequent angewendet wird, nur für Dolus haften. Dagegen haben Fiduziant, Deponent und Mandant allen Vorteil von dem Geschäfte allein; ihre Haftung muß sich daher bis auf den casus erstrecken, sie müssen die volle Gefahr tragen. Derjenige, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag geführt sind, sowie der unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehende, nehmen eine gesonderte Stellung ein insofern, als sie zu dem, der ihre Geschäfte führt, in keinem Vertragsverhältnis stehen. Man kann daher das Utilitätsprinzip auf sie direkt ebensowenig anwenden, wie auf die ihnen gegenüberstehenden negotiorum gestores, tutores und curatores, höchstens analog.[1]

---

[1]) Dies sei mit Rücksicht auf Partsch a. a. O. S. 16 bemerkt. Wenn der neg. gestor, wie wahrscheinlich ist, für culpa einzustehen hatte, so erklärt sich das daraus, daß er sich zum Geschäft gedrängt hatte. Der Agnatentutor, der curator prodigi und furiosi, der curator bonorum waren im eigenen Interesse tätig. Beim von der Obrigkeit bestellten Tutor entwickelte sich die Vormundschaft zum Amt, und hier konnte die Amtspflicht bis zur Diligenz (culpa-Haftung) gesteigert werden. Die Frage bedarf daher einer besonderen Untersuchung, die ich mir für später vorbehalte.

I.

Die vier genannten Kontrakte, Kommodat, Fiduzia, Depositum und Mandat standen unter der Herrschaft der bona fides; die Verurteilung aus einer Klage wegen eines dieser Kontrakte, mit Ausnahme des Kommodats, hatte die Infamie zur Folge. Das galt sowohl von der actio directa wie auch von der actio contraria. Für die bona fides ist letzteres durch folgende Stellen bezeugt:

D. 47, 2, 62 (61), 3 (Afr. 8 quaest.; Iul.) nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire. (Die Stelle handelte wahrscheinlich von der actio fiduciae contraria.)[1])

D. 17, 1, 22, 4 (Paul. l. 32 ad ed.; Iul.) si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex bona fide esse praestare ei pretium, quanti vendere poterat.

D. 44, 7, 5 pr. (Gai. l. 3 aur.) nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet.

Diesen Stellen fügt Pernice (Labeo II², 2, 222) noch D. 13, 6, 17, 3 hinzu. Indessen wird hier die bonae fidei-Natur der actio commodati contraria nicht ausdrücklich hervorgehoben; sie läßt sich höchstens aus dem Inhalt erschließen. Aber die Stelle ist mehrfach interpoliert, und wir werden auf sie noch in anderem Zusammenhange zurückkommen. Dagegen läßt sich noch anführen D. 17, 1, 8, 8: poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te. Daß der mit der actio contraria mandati Belangte von den reskribierenden Kaisern an die aequitas iudicis und nicht auf eine exceptio verwiesen wird, läßt darauf schließen, daß das iudicium b. f. war.

Neuerdings hat Ernst Levy (in dieser Zeitschrift 36, 1f.) der actio commodati, sowohl der directa als der contraria, die bonae fidei-Natur mit großer Entschiedenheit

---

[1]) Eisele, Arch. f. ziv. Pr. 84, 316; Gino Segré, Studi in onore di Fadda (1906) p. 15; Levy, ZSS. 36, 2 N. 2. Unten S. 91f.

abgesprochen. Er fußt auf den feinen Untersuchungen von Gino Segré, der in der Festschrift für Fadda den Nachweis zu erbringen gesucht hatte, daß die formula in ius concepta der actio commodati sehr jungen Ursprunges sei.[1]) Aber er übertrumpft seinen Vorgänger in radikaler Weise, wie einst Pais seinen Meister Mommsen, indem er zu erweisen sucht, daß die Klassiker die formula in ius concepta der actio commodati überhaupt nicht kannten. Mir scheint, daß er über das Ziel hinausgeschossen ist. Das beste Argument für seine These hat er sich entgehen lassen, nämlich daß die actio commodati nicht zu den infamierenden Klagen gehörte. Aber das erklärt sich, wenn man sich daran erinnert, daß die infamierende Wirkung gewisser Klagen schon ziemlich früh in das Edikt aufgenommen wurde (Cicero kennt sie bereits), daß aber die formula in ius concepta der actio commodati erst recht spät entstand. Infamierende Wirkung und bonae fidei-Natur standen, wie Mitteis gezeigt hat[2]), ursprünglich in engem Zusammenhang.[3]) Die Infamie ist die Strafe für Dolus, d. h. Verletzung der fides. Dieser Zusammenhang wurde verdunkelt, als sich die Berücksichtigung der bona fides mit dem Utilitätsprinzip kreuzte.[4]) Julian war es, der das letztere zur vollen Geltung brachte, wenn sich auch Spuren davon schon bei früheren Juristen zeigen.[5]) Es ist möglich, daß Julian erst bei der Redaktion des Edikts die formula der actio commodati in ius concepta aufnahm. Aber Gaius muß sie bereits gekannt haben. Das läßt sich aus seinen Worten IV 47 similes etiam commodati formulae sunt erschließen. Zwar meint Levy, daß

---

[1]) Vgl. auch Bekker, Aktionen I 307.

[2]) Vgl. Mitteis, Röm. Privatr. I 324f.

[3]) Sie decken sich nicht, wenigstens nicht in historischer Zeit, obwohl Bekker, Aktionen I 307, und Bechmann, Kauf I 493, der von drei infamierenden Realkontrakten spricht, das anzunehmen scheinen. Dagegen mit Recht Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 687 Anm.

[4]) So möchte ich meine Ausführungen in der Festschrift für Gierke II 271f. jetzt verbessern und ergänzen.

[5]) Ob Q. Mucius, den Ulpian D. 13, 6, 5, 3 anführt, gerade das Utilitätsprinzip ausgesprochen hat, ist nicht sicher. Die Bemerkung nam iure — culpam deberi D. 19, 2, 31 i. f. (Alf. l. 5 dig. a Paulo epitom.) könnte von Paulus sein.

ebensogut wie bei der formula commodati in factum concepta die Worte dolo malo fehlten, auch bei der formula in ius concepta die Worte ex fide bona entbehrlich waren. Indessen ist das doch nicht ganz das gleiche. Die Worte dolo malo wurden in der formula der actio depositi erfordert, weil der Depositar nur für Dolus haftete; die Haftung des Kommodatars ging viel weiter, und die Hinzufügung der Worte dolo malo in die formula der actio commodati hätte den Tatbestand geradezu gefälscht. Dagegen war die Bedeutung der Worte ex fide bona eine ganz andere. „Das gebührliche, den Regeln des Anstandes und der Sittlichkeit im weitesten Sinne entsprechende Verhalten heißt den klassischen Juristen bekanntermaßen bona fides", sagt Pernice (Labeo II² 1, 161). Aber er warnt davor, das sittliche Element, das in der bona fides enthalten sei, allzu stark zu betonen. Für alle solle die bürgerliche anständige Gesinnung entscheidend sein; aber die könne sich unter Umständen mit einem guten Teil Eigensucht recht wohl vertragen (S. 195). Wenn der Richter angewiesen wurde, den Streit mit Rücksicht auf die bona fides zu beurteilen, so bedeutete das zumeist einen Vorteil für den Beklagten, einen Anspruch auf besondere Berücksichtigung aller Umstände, die für ihn sprachen. Und gerade das durfte man dem Kommodatar, dessen Haftung so geschärft, bisweilen bis zum casus oder periculum gesteigert war, nicht versagen. Wenn irgendwo, so scheint mir bei der actio commodati eine formula in ius concepta ohne die Worte ex fide bona undenkbar. Levy mißt dem Umstand, daß die actio commodati im Katalog der iudicia b. f. bei Gaius IV 62 fehle, wuchtige Beweiskraft bei. Aber wie kann man eine Stelle, die doch nun einmal tatsächlich an einer schweren Verderbnis des überlieferten Textes krankt, für so bedeutungsvoll und beweisend halten? Die Worte mandati depositi fiduciae pro socio tutelae rei uxoriae hat der Schreiber zweimal geschrieben. Die neue Zeile, auf der die Wiederholung steht, fängt an mit — dati. Wie leicht ist es möglich, daß die vorhergehende Zeile der Vorlage mit commo- endigte und daß der Schreiber diese Zeile nochmals statt der ursprünglich folgenden abschrieb? Unter solchen

Umständen wird das Zeugnis der Handschrift von Verona auf das schwerste erschüttert. Es läßt sich nicht zur Grundlage einer ganzen Theorie machen. Aber selbst wenn der Katalog der b. f. iudicia bei Gaius vollständig überliefert wäre, so wäre es doch nicht undenkbar, daß ihn Gaius, so wie er ihn in seine Institutionen aufgenommen hat, einem älteren Schriftsteller der Sabinianischen Schule entlehnt und die Ergänzung durch die erst kürzlich in das Edikt aufgenommene Klage unterlassen hat. Solche Versehen können bei den sorgfältigsten Schriftstellern vorkommen. Doch das ist Ansichtssache. Dagegen ist von größter Bedeutung für die Entscheidung der Frage die Zulässigkeit der Kompensation bei der actio commodati (D. 13, 6, 18, 4), denn sie setzt nach dem aus den Institutionen mit Sicherheit zu ergänzenden Anfang der Gaiusstelle (IV 61) ein iudicium bonae fidei voraus[1]), und das contrarium iudicium (D. 13, 6, 18, 2; Lenel, Edikt [2] S. 247). Keinen Widerspruch gegen unsere Ansicht enthält D. 12, 5, 9 (Paul. ad Plaut. l 5). Hier ist gesagt, daß, wer Geld gibt, um die geliehene Sache zurückzuerhalten, seine Zahlung mit der condictio ob turpem causam zurückfordern könne. Der Vermieter, der Käufer, der Auftraggeber, der für Geld seine Sachen vom Mieter, Verkäufer, Beauftragten erlangt habe, habe die Kontraktsklage. Dagegen stehe dem Stipulanten und Legatar im gleichen Falle nur die condictio zu. Levy legt das so aus, als sei der Kommodant ebenso wie der Stipulationsgläubiger und der Damnationslegatar auf die condictio beschränkt gewesen. „Das wird präzis betont in D. 12, 5, 9, einem Fragment, das den Gegensatz mehr zwischen den Zeilen erkennen läßt.“ Levy kann sich für seine Ansicht allerdings auf Kyrill berufen (Basil. ed. Heimbach III p. 18). Aber wäre sie richtig, so wäre doch nicht zu begreifen, weshalb Paulus nicht einfach den Kommodanten mit dem Stipulationsgläubiger und dem Damnationslegatar zusammenstellte. Wortlaut und Anordnung des Fragmentes scheinen doch auf eine andere Auslegung zu

---

[1]) Das Gegenteil behauptet Levy a. a. O. S. 76; aber ich finde nicht, daß er es bewiesen hat.

führen und zwar auf folgende: Der Kommodant hatte auch die condictio und daneben, was als selbstverständlich nicht erwähnt wird, die Kontraktsklage. Vermieter, Käufer und Mandant (oder nach Eiseles Vermutung der Deponent)[1]) hatten nur die Kontraktsklage, der Stipulationsgläubiger und der Damnationslegatar nur die condictio. Mir schwebt bei meiner Auslegung die Gegenüberstellung der Kontraktsklage und der strengen Klage (actio certae creditae pecuniae) in Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius (§§ 10 sq.) vor, wo es sich um die Wahl zwischen der actio pro socio und der actio certae creditae pecuniae handelt. Die erstere bezeichnet Cicero als mite, moderatum, die zweite als derectum, asperum, simplex. Alter causae confidit, alter diffidit. Dem Käufer, Vermieter, Mandanten, Depositar, Gesellschafter (den Paulus nicht erwähnt) stand die Kontraktsklage immer offen; ob auch die condictio, das war zweifelhaft. Diesen Zweifel sollte unser Fragment beseitigen. Weshalb man den Kommodatar auf die strenge Klage mit dem Risiko der pluris petitio hätte beschränken sollen, ist nicht einzusehen. Warum sollte man ihm zum Lohn für seine Gefälligkeit versagen, was man den Deponenten gestattete? D. 27, 3, 5 macht keine Schwierigkeit, da hier nach heute wohl allgemein angenommener Ansicht der Jurist von der fiducia gehandelt hatte. Mag aber diese Annahme richtig sein oder nicht, auf jeden Fall bestätigt die Stelle unsere Meinung.

Den oben angeführten Stellen, welche die bonae fidei-Natur der Konträrklagen bezeugen, stehen zwei andere gegenüber.

1. D. 16,3, 5 pr. (Ulp. l. 30 ad ed.): Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Den zweiten Satz von non enim an hat Beseler (Beiträge II 114) als interpoliert verdächtigt wegen des Wortes indemnitas und wegen des „poetisch-rhetorischen“ fide

[1]) Diese Zeitschr. 30, 112; D. 16, 3, 34.

rupta. Über indemnitas hat bereits Berger das Nötige gesagt (Krit. Vierteljahrsschrift 50, 429). Fide rupta aber findet sich auch bei Papinian l. 9 resp., D. 40, 7, 35[1]) und ist dort als echt gesichert durch das Pariser Fragment (Iurispr. Anteiust. I p. 435 frgm. 23; Collect. libr. iur. Anteiust. III p. 295 frgm. VII). Den möglichen Einwand, daß der eigentümliche Stil Papinians für Ulpians schlichte Ausdrucksweise nicht maßgebend sei, hat sich Beseler durch seine Behauptung des Attizismus strengster Observanz aller Klassiker[2]) abgeschnitten, wodurch die klassischen Juristen wieder zu fungibeln Personen gestempelt sind und den Untersuchungen über individuelle Stileigentümlichkeiten jeder Wert und jede Berechtigung mit einem Machtwort abgesprochen ist. Er wird nun wohl die Sammlung, aus welcher das Pariser (und Berliner) Bruchstück stammen, für überarbeitet erklären. Mit diesem Aushilfsmittel sucht er ja die Zeugnisse, die man ihm vorhält oder die ihm unbequem sind, unschädlich zu machen. Keinen Beweis gegen die Echtheit des in Frage stehenden Passus liefert die Bemerkung von Fritz Schulz[3]), daß nach der Begründung, die in jener Stelle für die Unzulässigkeit des Schätzungseids beim iudicium contrarium depositi gegeben wird, dieser Eid auch bei der rei vindicatio ausgeschlossen sein mußte, da dort von fides rupta doch keine Rede sein könne. Denn der Schätzungseid steht durchaus nicht jedem Vindikationskläger zu. Er wird vom Richter deferiert, und zwar nur, wenn der Beklagte dem Restitutionsbefehl nicht gehorcht hat oder wenn er sich vorsätzlich um die Möglichkeit der Restitution gebracht hat. Daher gehört dolus zu den „grundlegenden Erfordernissen" des Schätzungseides[4]); ex culpa non esse ius iurandum

---

[1]) fidem rumpere steht auch bei Hermogenian D. 2, 15, 16, ferner C. 2, 11, 22. 2, 20, 1. 4, 35, 16. 4, 49, 10; 11. 4, 50, 7. 4, 55, 1 pr. 4, 57, 6. 4, 65, 15. Keine dieser Stellen ist jünger als Diocletian. Bei Justinian findet sich der Ausdruck nicht.

[2]) Beiträge III 3.

[3]) Interpolationskritische Studien, Festschrift für Zitelmann S. 21. Vgl. auch Levy a. a. O. S. 68 N. 2.

[4]) Levy, Diese Zeitschr. 36, 63. Windscheid-Kipp I[9] 679 n. 14.

deferendum constat (D. 12, 3, 4, cf. 12, 5, 3). Fides ist aber dem Römer der Gegensatz von dolus[1]), der sowohl Vorsatz als Arglist[2]) bedeutet. In der Verbindung fidem rumpere verengert sich allerdings der Begriff der fides zur Treue, so daß dann also der Einwand von F. Schulz gegen die Echtheit unserer Stelle doch berechtigt erscheinen könnte. Aber die Stellung des Vindikationsbeklagten, der ja schon nach der litis contestatio in mala fide ist, ändert sich nach dem Restitutionsbefehl vollends. Da ihm jetzt durch das Urteil des Geschworenen, dessen Spruch er sich unterworfen hat, Eigentum und Recht zum Besitze abgesprochen sind, so entsteht eine Treupflicht zur Herausgabe der streitigen Sache an den Kläger, und deren Verletzung wird durch die Zulassung des Klägers zum Schätzungseid bestraft.[3]) Wenn mir mithin die Gründe, die gegen die Echtheit der Stelle vorgebracht worden sind, nicht hinreichend erscheinen, um ihre Glaubwürdigkeit zu erschüttern, so kann sie doch andererseits nicht dazu verwertet werden, um die bonae fidei-Natur der Konträrklagen zweifelhaft zu machen. Wenn auch dem Beklagten, d. h. also dem Auftraggeber, Verwahrer usw. kein Wortbruch zum Vorwurf gemacht wird, so ist er doch in der Regel (nicht immer) nach Treu und Glauben zu gewissen Leistungen, insbesondere Ersatz von Verwendungen und Schaden verpflichtet. Das Gegenteil wird scheinbar in der zweiten, viel umstrittenen Stelle gesagt.

2. D. 3, 2, 6, 7 (Ulp. l. 6 ad ed.): Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.

F. Schulz hat in ausführlicher Untersuchung den ganzen Paragraphen als Machwerk Justinians nachzuweisen

[1]) Mitteis, Röm. Privatr. I 317. 326.

[2]) Mitteis a. a. O. 316f.

[3]) Schon durch die Einlassung auf die dingliche Klage hat sich gewissermaßen der Besitzer zur Restitution verpflichtet, falls dem Kläger der Eigentumsbeweis gelingt. Er hat dafür Bürgen gestellt. Man kann daher sehr wohl von einer Treupflicht zur Herausgabe der streitigen Sache sprechen.

unternommen.[1]) In Beziehung auf den Stil tadelt er, daß bei contrariis das Substantiv fehlt. Das läßt sich aber mit Rücksicht auf das kurz vorhergehende iudicio ertragen; eher könnte man an dem Numeruswechsel Anstoß nehmen. Sachlich wird die Begründung als ganz ungenügend verworfen. Es sei nicht abzusehen, weshalb nur im iudicium directum von einer perfidia des Beklagten gesprochen werden dürfe, da doch auch dem Mandanten und Deponenten eine Treupflicht obliege. Es sei auch nicht wahr, daß man Differenzen über Rechnungen im Prozeßwege auszugleichen suche; man hole sich dazu einen Rechnungssachverständigen. Beschreite man aber doch den Klageweg, so brauche es ja der Beklagte nicht zum Urteil kommen lassen; der iudex habe „sicherlich" auch beim bonae fidei iudicium die Möglichkeit gehabt, auch ohne spezielle Ermächtigung in der Formel vor dem Urteil einen arbitratus zu erlassen. Schon das Wort „sicherlich" macht bedenklich; eine einzige Quellenstelle wäre mir lieber. Schulz faßt aber auch das Wort „calculus" zu eng. Bei Rechnungsprüfung handelt es sich doch nicht lediglich um rechnerische Feststellung, sondern auch um die Berechtigung der einzelnen Posten. Der Auftraggeber kann behaupten, daß der Beauftragte unnötigen Aufwand gemacht habe, daß ein Schaden occasione mandati, nicht ex causa mandati entstanden sei und dergleichen mehr. Zur Entscheidung solcher Fragen genügt aber ein Rechnungssachverständiger nicht; hier ist richterliche Prüfung nötig.[2]) Daß sich der Beklagte durch Leistung vor dem Urteil der Infamie entziehen kann, ist richtig, da omnia iudicia absolutoria sunt, zumal die iudicia bonae fidei. Das gilt aber von dem iudicium directum ebenso wie vom iudicium contrarium und beeinträchtigt in keiner Weise die Richtigkeit des in Frage stehenden Satzes. Die Infamie

[1]) Festschrift für Zitelmann S. 20f. Mit z. T. gleicher Begründung Beseler, Beiträge III 78.

[2]) Siehe über ältere Versuche, die Stelle, an der die Kritiker von jeher Anstoß genommen haben, zu emendieren oder anders zu erklären, Glück 32, 289 N. 69. Vgl. auch Quintil. 7, 4, 35 tutelae praeterea: in quo iudicio solet quaeri, an alia de re quam de calculis cognosci oporteat.

kann der Beklagte auch vermeiden, wenn er sich vertreten läßt. Ich sehe also nicht recht ein, was dieses Argument, auf welches Schulz und Beseler besonderen Wert zu legen scheinen, zur Sache tut. Wenn Beseler noch hinzufügt, daß es sich auch in den direkten Judizien oft nur um Kalkulation handelt, so wird er doch nicht bestreiten wollen, daß die im iudicium directum geltend gemachten Ansprüche ganz anderer Art sind, als die im iudicium contrarium vorgebrachten. Nicht richtig ist, daß dem Mandanten und Deponenten stets eine Treupflicht obliegt. Es gibt, wie weiterhin gezeigt werden wird, viele Fälle, in welchen dem Mandatar und Depositar der Ersatzanspruch von der Wissenschaft und Gesetzgebung versagt wird, und wo er anerkannt wird, wird seine Höhe oft streitig sein. Der Ausdruck „Treupflicht“ ist irreführend (S. 77). Somit enthält der streitige Satz einen richtigen Gedanken.[1])

Die Einwände von Schulz und Beseler werden aber völlig gegenstandslos, wenn es sich in unserer Stelle nicht um die selbständige Gegenklage (actio contraria) handelt, sondern um das iudicium contrarium, d. h. das Verfahren, bei dem sich der Mandatar oder Depositar auf die Klage eingelassen hat, um im iudicium seine Gegenansprüche durchzudrücken. Diese Ansicht hat Partsch neuerdings aufgestellt (Neg. gestio I 55). Ein solches Verfahren konnte

---

[1]) Was das Sprachliche betrifft, so möchte ich noch bemerken, daß fere = in der Regel besser hinter in contrariis stände; es läßt sich aber auch an der überlieferten Stelle ertragen. Die Streichung von qui ist ein guter Vorschlag Mommsens, aber entbehrlich. calculum dirimere, das Beseler beanstandet, kommt nur hier vor, ist aber untadelig. Es entspricht dem rationes distrahere. Aber richtig ist, daß dirimere oft interpoliert ist. Justinians Leute lieben das Wort. causam dirimere Cod. 2, 58, 2, 8[a]. 3, 1, 14, 1. 7. 47, 1, 1. 4, 1, 12, 2. 2, 58, 2 pr. 2, 46, 3,1. 3, 34, 14 pr. 8, 10, 14, 2. 7, 63, 5, 4. 5, 16, 27, 1. litem oder lites (Ovid. Met. 1, 21) Const. Summa 3. Cod. 2, 55, 4, 1. 3, 1, 14, 2. 3, 1, 17. 1, 17, 2, 17. Nov. 75, 1. Inst. 3, 19, 12. litigia Cod. 1, 5, 21 pr. quaestionem Cod. 8, 37, 14 pr. controversiam dirimere (D. 10, 1, 2, 1. 39, 1, 1, 10) steht schon bei Cicero de offic. 3,33, 119. Der Ausdruck ist gut klassisch, und man muß sich hüten, aus seinem häufigen Gebrauch im Munde der Iustiniani voreilige Schlüsse zu ziehen. Verschwiegen soll aber nicht werden, daß sich auch 'calculus' häufig bei ihnen findet, wie Longo's Vokabularium ausweist (sechs Stellen).

auch zur Verurteilung des Klägers führen, sollte aber niemals für ihn die Urteilswirkung der Infamie haben. Bei dieser Auffassung löst sich auch der scheinbare Widerspruch unserer Stelle mit D. 3, 2, 6, 5, und sie führt vielleicht zur Entscheidung der oft erörterten Frage, ob die Verurteilung aus der actio contraria infamierte. Für ihre Beantwortung ist die soeben besprochene Stelle von größter Bedeutung, ja entscheidend.

In dem Wortlaut des Ediktes, der D. 3, 2, 1 überliefert ist: „qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit", sind die Worte „non contrario iudicio" interpoliert. Darüber dürfte man heute ziemlich einig sein. Sie fehlen in der lex Iulia municipalis.[1]) Allerdings fehlen dort auch die Worte „suo nomine"; aber sie stehen dafür im Fragmentum Atestinum.[2])

Standen nun aber die Worte „non contrario iudicio" auch nicht im Edikt, so ist damit noch nicht gesagt, daß Praxis und Theorie der Zeit der klassischen Jurisprudenz der Verurteilung im iudicium contrarium infamierende Wirkung beilegten. Lenel z. B. nimmt an, daß die Interpretation in solchen Fällen die Infamie ausschloß.[3]) Andere dagegen vertreten die Ansicht, daß Verurteilung im iudicium contrarium nicht minder infamierte, als im directum.[4]) Wer der ersteren Ansicht huldigt, wird den besprochenen § 7 für echt halten; den Anhängern der zweiten Meinung wird er für interpoliert gelten.[4]) Es gibt auch vermittelnde Standpunkte. Viele schließen die infamierende Wirkung beim iudicium contrarium im Regelfall aus, lassen aber Ausnahmen zu, jedenfalls die Ausnahme der Regreßklage des Bürgen (actio mandati contraria D. 3, 2, 6, 5), oder die Fälle, in denen kein dolus des Beklagten vorlag.[5]) Momm-

---

[1]) Bruns, Fontes I[7] 108 l. III.

[2]) Bruns, Fontes I[7] 101.

[3]) Edikt[2] S. 77 N. 8, vgl. S. 287. Vgl. Puchta, Institutionen § 216 n; Pernice, Labeo II[2] 2, 223; Appleton, Revue générale de droit 1900, 226; Bechmann, Kauf I 493.

[4]) Alibrandi, Opere giuridiche I 408; Fritz Schulz a. a. O. Über die Interpolation von Inst. 4, 16, 2 siehe bereits Gradenwitz, Interpol. 113.

[5]) Donellus, Commentarii XVIII c. 8; Glück XII 421, XV 320f.;

sen endlich beschränkte die imfamierende Wirkung, die er prinzipiell anerkannte, auf die Fälle, in denen der Beklagte tätig geworden war.[1])

Indem ich F. Schulz und Beseler gegenüber die Verteidigung des § 7 versucht habe, habe ich mich implicite schon zu Lenels Ansicht bekannt. Schwierigkeit macht dann aber § 5: 'Mandati condemnatus': verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio. Daß der Paragraph umgestaltet ist, hat F. Schulz einleuchtend gezeigt; nach ihm hat Beseler auch auf das Verdächtige der Verbindung condemnare aliquem im Sinne von „die Verurteilung jemandes herbeiführen" hingewiesen, das ich im Vocabularium schon angedeutet hatte, während Schulz keinen Anstoß daran nahm.[2]) Als ein Fremdkörper im Satzgefüge ist mir auch immer adversarius erschienen, das in den Zusammenhang nicht recht paßt, und das Ulpian schwerlich geschrieben hat. 'Verbis edicti' halte ich für echt[3]); darauf, daß in der Florentina edicto steht, möchte ich keinen Wert legen. Schulz zieht daraus den Schluß, daß Ulpian edicto geschrieben hatte, die Kompilatoren daraus verbis edicti machen wollten und versehentlich edicto stehen ließen. Das ist recht unwahrscheinlich und setzt voraus, daß die

---

Vangerow, Pandekten I[7] 87; Dernburg, Pandekten I[7] 131 N. 9 (§ 58); Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II 416; Savigny, System II 177; Bertolini, Appunti didattici II 864; Partsch, Neg. gestio 56.

[1]) Ges. Schr. I 189. Mommsen gründet seine Ansicht auf die Worte im Frg. Atest.: quodve ipse earum rerum quid gessisse dicetur. Ihre Beziehung auf den Beklagten im iudicium contrarium ist nur möglich, wenn die Mommsensche Ergänzung des Anfanges des verstümmelten Fragmentes richtig ist. Ich halte Alibrandis Ergänzung für besser. Aber auch bei Annahme der Mommsenschen Ergänzung bleiben gegen seine Auslegung der betreffenden Worte Bedenken bestehen, die Appleton a. a. O. gut dargelegt hat. Vgl. meinen Bericht in dieser Zeitschrift 22, 201.

[2]) Den Schlußsatz hielten für interpoliert schon Eisele, diese Zeitschrift 11, 14; Pernice, Labeo II[2] 2, 223 N. 6; Levy, Sponsio 207, 1.

[3]) Donellis Versuch, die Worte verbis edicti durch Beziehung auf iudicium directum zu erklären (Comm. 18, 6, 4), ist mißlungen.

Florentina das Handexemplar der Kompilatoren ist; denn der erste Abschreiber hätte doch den Fehler verbessert. Man könnte auch den umgekehrten Schluß ziehen, daß nämlich die Kompilatoren aus verbis edicti machen wollten edicto und dann vergaßen verbis zu streichen. Aber solche Vermutungen sind müßig. Standen die Worte non contrario iudicio nicht im Edikt, so hatte es guten Sinn, wenn Ulpian etwa schrieb: „Nach dem Wortlaut des Edikts wird nicht nur der im iudicium directum, sondern auch der im contrarium Verurteilte infamiert; aber der Wortlaut wird einschränkend ausgelegt; beim iudicium contrarium tritt die Infamie nur ein, wenn beim Verurteilten eine perfidia, eine fides rupta, ein dolus anzunehmen ist, also z. B. bei der Regreßklage des Bürgen.“ Die Kompilatoren änderten das, weil sie im Edikte die Worte non contrario iudicio interpoliert hatten.

Partsch hat den Widerspruch zwischen § 5 und § 7 dadurch zu beseitigen gesucht, daß er jenen auf die selbständige actio contraria, diesen auf das iudicium contrarium bezog.[1]) Er wies darauf hin, daß die infamierende Wirkung der actio mandati des Bürgen durch die vorjustinianische Schrift de actionibus[2]) bezeugt wird. Die Kompilatoren, für die der Unterschied zwischen iudicium contrarium und actio contraria keine Bedeutung mehr hatte, hätten dann durch Änderungen des § 5 die Verwirrung herbeigeführt.

Es ist denkbar, daß die actio mandati contraria als Regreßklage des Bürgen eine gesonderte Behandlung erfuhr. Sie stand dem Sponsor neben der actio depensi zu. Letztere infamierte. Man mochte aus Gerechtigkeitsgefühl der actio mandati contraria die gleiche Wirkung beilegen, nicht nur wenn sie der Sponsor, sondern auch wenn sie der Fidejussor anstrengte. Freilich kommt man dabei über Vermutungen nicht hinaus. Gleichwohl scheint mir Partsch's Versuch, den Widerspruch zwischen § 5 und § 7 zu erklären, besser als alle anderen. Jedoch läßt sich vielleicht zur Erklärung noch einiges hinzufügen.

---

[1]) Neg. gestio S. 55. 56.

[2]) Diese Zeitschrift 14, 92 N. 38.

Konnte denn in dem Falle, daß die Infamie praktische Bedeutung erlangte, überhaupt geprüft werden, ob die Verurteilung in einem iudicium famosum aus diesem oder jenem Grunde erfolgt war? Donellus hat zu erweisen gesucht, daß die infamierende Wirkung nur eintrat, wenn dem Verurteilten dolus zur Last gelegt, bewiesen und im Urteil festgestellt war, und viele sind seiner Ansicht gefolgt.[1]) Das hätte dann natürlich auch vom iudicium contrarium, insoweit es infamierte, gegolten. Aber das hätte doch zur Voraussetzung gehabt, daß das Urteil mit Gründen publiziert wurde, was, soweit unsere Kenntnis reicht, nicht der Fall war. Wenn jemand in iure postulierte, als Kognitor auftrat oder einen Kognitor bestellte und von der Gegenpartei behauptet wurde, daß er in einem iudicium famosum verurteilt war, so wies der Prätor, sobald dies bewiesen war, ihn ab. Man sollte meinen, daß ihm die bloße Tatsache der Verurteilung genügt hätte. Oder sollte er sich auf eine Prüfung darüber eingelassen haben, ob die Verurteilung im iudicium contrarium, ob aus einer actio mandati contraria wegen Unterlassung der Zahlung an den Bürgen, ob wegen dolus erfolgt sei? Überwies er vielleicht die Prüfung solcher Fragen durch Einschaltung der exceptio cognitoria oder procuratoria dem iudex, wenn sie ihm selbst zu weitläufig und lang aussehend erschienen?

Paulus, Sent. 1, 2, 1 sagt: Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt etiam volentibus adversariis.

Ähnlich Gaius l. 3 ad ed. D. 3, 1, 7: Quos prohibet praetor apud se postulare, omni modo prohibet, etiamsi adversarius eos patiatur postulare.

Huschke hat in einer Note zu der Paulusstelle aus dieser den Schluß gezogen, daß sich die exceptio cognitoria auf den Fall der Infamie des Kognitor nicht bezogen habe, und Bülow (Prozeßeinreden S. 46 f.) hat ihm beigestimmt. Lenel (Edikt [2] S. 91 und 92) drückt sich zwar vorsichtiger

---

[1]) Donellus, commentarii iuris civilis 18. 6. 8 nach dem Vorgange des Accursius. Vgl. Glück V 195; v. Vangerow, Pandekten § 47 (I[7] 87); Marezoll, Über die bürgerliche Ehre S. 149f.

aus, macht auch einen gewissen Vorbehalt[1]), vertritt aber doch grundsätzlich dieselbe Meinung. Ich glaube demgegenüber, daß es für die Frage, ob der Kognitor in iure abzuweisen war oder ob die Entscheidung durch Einrücken einer Exceptio in die Formel dem Iudex übertragen wurde, auf den Willen des Gegners nicht ankam. Er konnte allerdings durch seine Einwilligung den Prätor nicht dazu bringen, einen Infamen, dessen Infamie gerichtsnotorisch war oder sonstwie festgestellt war, zur Kognitur zuzulassen. Wenn aber der Gegner die Infamie des Kognitor behauptete, dieser sie bestritt, etwa indem er sagte, er sei im iudicium contrarium verurteilt und es sei ihm dolus weder vorgeworfen noch bewiesen worden, so lag es in der Hand des Prätors, die Frage in iure zu untersuchen oder sie dem iudex zur Untersuchung zu überweisen. Es scheint nach dem Bericht der Institutionen, daß das gar nicht so selten vorkam und als beliebtes Verschleppungsmittel angewendet wurde, Inst. 4, 13, 11:

> eas vero exceptiones, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, ... conquiescere sancimus, ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

Das wird auch durch mehrere Stellen römischer Rhetoren bestätigt.

> Quintil. Inst. 3, 6, 75: 'non recte agis ignominiosus'. quaeritur an ignominiosus sit, aut an agere ignominioso liceat, in Verbindung mit § 71: 'non licet tibi agere mecum: cognitor enim fieri non potuisti'. iudicatio [est] an potuerit.

> Chir. Fortunatianus Ars Rhetor. I p. 97, 32 ed. Halm: A persona accusatoris quem ad modum praescribimus? ut si infamem negemus agere posse.

---

1) S. 92 unten: „In diesen immerhin leichteren Fällen (Verurteilung wegen calumnia in Zivilsachen u. a.) mag man es dem Gegner überlassen haben, die Unfähigkeit zu rügen, und auf diese Fälle müßte man, wenn der herrschenden Auffassung der Exzeptionen beizutreten wäre, die exceptio cognitoria und procuratoria mangels Fähigkeit beschränken." Vgl. auch Wirbel, Le Cognitor p. 68sq.

Iulius Victor Ars Rhetor. cap. 3 § 9, p. 382, 16 ed. Halm: Necesse est tamen praescriptionem in aliquem statum continuo transire: ut si dicam 'non potes me accusare, nam infamis es', aut respondebit ille 'non sum', et fit coniectura: aut respondebit 'aequum esse et infamibus actionem dari' et fit qualitas.

Quintil. Inst. 7, 5, 1—3: Qui neque fecisse se negabit neque aliud esse, quod fecerit, dicet neque factum defendet, necesse est in suo iure consistat, in quo plerumque actionis est quaestio. ea non semper, ut quidam putaverunt, iudicium antecedit, qualia sunt praetorum curiosa consilia, cum de iure accusatoris ambigitur, sed in ipsis iudiciis frequentissime versatur. est autem duplex eius disceptationis condicio, quod aut intentio aut praescriptio habet controversiam ..... cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse. ignominioso ⟨patri⟩[1]) filius praescribit: de eo solo iudicatio est, an liceat.

Man darf sich nicht dadurch irremachen lassen, daß hier meist von accusator und accusare die Rede ist. Die Rhetoren drücken sich nur ungenau aus und denken keineswegs etwa bloß an iudicium publicum. Quintilian spricht 7, 5, 3 ausdrücklich von lis, und deutlich weist der cognitor 3, 6, 71 auf iudicium privatum. Überall in den angeführten Stellen ist die exceptio oder praescriptio[2]) cognitoria oder procuratoria in Beziehung gerade auf die Infamie des Prozeßvertreters bezeugt. Wurde nun in iudicio über die exceptio cognitoria verhandelt, so war hier Raum, um die Frage zu erörtern, ob sich das Edikt auch auf das iudicium contrarium bezöge, oder ob es nur anwendbar sei, wenn sich bei dem früheren Verfahren eine Ehrlosigkeit dessen, dem die Fähigkeit zur Kognitur bestritten wurde, gezeigt

[1]) add. Regius.

[2]) praescriptionem eandem appellari posse et eandem exceptionem, sed ab oratoribus: in iure autem praescriptionem dici ipsum propositum ius, exceptionem autem, cum ius ipsum propositum adversus se actor alius excipit interposita aliqua condicione; Victorinus II 18 p. 277, 10 Halm. Was mag hinter dem Gallimathias für ein Sinn stecken?

hatte. Vielleicht verfuhr man dabei im Laufe der Zeit immer nachsichtiger, so daß diese Einreden schließlich außer Gebrauch kamen. Denn Justinian sagt Inst. 4, 13, 11: in iudiciis frequentari nullo perspeximus modo.[1]) Er sah in dem Vorbringen der exceptio cognitoria aut procuratoria ein überflüssiges disputare de apicibus iuris D. 17, 1, 29, 4.

Danach wird sich in der Praxis und, durch sie veranlaßt, in der Theorie, oder umgekehrt in der Theorie und, von ihr beeinflußt, in der Praxis allmählich eine feste Auslegung des Edikts herausgebildet haben. Sie ging dahin, daß man den im iudicium contrarium oder aus einer actio contraria Verurteilten regelmäßig zum Postulieren und zur Kognitur zuließ. Eine Ausnahme bildete der Schuldner, der dem Bürgen die Zahlung nicht erstattet hatte.[2]) Justinian faßte das Resultat zusammen in der Interpolation non contrario iudicio, die in den Wortlaut des Ediktes eingefügt wurde. Dies und das Abkommen der exceptio cognitoria waren für die Kompilatoren genügender Grund, um die meisten Klassikerstellen, die sich mit der Frage beschäftigten, von der Aufnahme in die Digesten auszuschließen. Nur kümmerliche Reste sind in D. 3, 2, 6, §§ 5 und 7 erhalten, zwei Paragraphen, die sich trotz unmittelbarer Nähe widersprechen.

II.

Nach dem Utilitätsprinzip haftete der Fiduziant bei der fiducia cum amico contracta, der Deponent und der Mandant, die mit der actio contraria belangt wurden, da sie allein Nutzen von dem Geschäft hatten, nicht nur für dolus und culpa, sondern auch für casus, dagegen der Kommodant, der von dem Geschäft keinen Nutzen hatte, nur für dolus. Es handelt sich bei den Konträrklagen um Ersatz von Verwendungen und um Schadenersatz. Beim Ersatz von Verwendungen wird die Frage nach dem

---

[1]) Marezoll, Über bürgerliche Ehre S. 212f. faßte merkwürdigerweise die Worte nullo modo im Sinne von „ohne Maß" auf. Das hat Schrader zu der betr. Institutionenstelle mit dem Hinweis auf Theophilus erledigt.

[2]) Dann trat Infamie kraft Gesetzes ein: lex Iul. munic. 114 sq. Vgl. Cic. ad Att. 16, 15, 2.

Grade des Verschuldens kaum eine Rolle spielen. Um so wichtiger ist sie beim Schadenersatz. Ein Auftrag kann schon in der Absicht erteilt werden, den Beauftragten ins Verderben zu stürzen, wie der Auftrag des Grafen von Savern an Fridolin; der Schade kann auch durch Fahrlässigkeit des Auftraggebers herbeigeführt werden, wenn dieser z. B. unterläßt, den Beauftragten auf gewisse mit dem Auftrag verbundene Gefahren aufmerksam zu machen. Hierbei ist das Wissen oder Nichtwissen des Auftraggebers von Bedeutung. Ähnliche Fälle sind beim Kommodat und Depositum denkbar. Auch hier fehlt es nicht an Beispielen in den Quellen. Besonders häufig begegnet das Verleihen oder Deponieren eines diebischen Sklaven. Doch betrachten wir zunächst, was sich über die fiducia cum amico contracta ermitteln läßt.

Es kommen zwei Stellen in Betracht, beide aus dem achten Buche der Quaestiones des African.

D. 13, 7, 31: Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere. quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat.

D. 47, 2, 62, 1: His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas.

§ 3. Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire.

Daß an diesen Stellen pignus für fiducia cum creditore contracta, depositum vel commodatum für fiducia cum amico contracta interpoliert ist, ist schon längst erkannt.[1])

---

[1]) Lenel, Paling. African. 109; Eisele, Arch. f. ziv. Pr. 84, 341; Pernice, Labeo II 2, 230 N. 3; Göppert, diese Zeitschrift 13, 342f.;

Das pro noxae deditione relinquere weist auf Eigentum des durch den diebischen Sklaven Geschädigten hin. Dazu stimmt aber der Schlußsatz des Fragm. 31 D. 13, 7 nicht, denn weder Depositar noch Kommodatar hatten Eigentum. Eisele wollte daher diesen ganzen Satz streichen, obwohl er die Beziehung auf die fiducia cum amico contracta in Erwägung zog. Es entbehrt aber aller Wahrscheinlichkeit, daß die Kompilatoren diesen Satz de suo hinzugefügt hätten. Mit Recht verlangte Göppert, der das Utilitätsprinzip heranzog, eine Unterscheidung zwischen der Haftung bei der fiducia cum amico und der cum creditore contracta. Diese wird auch von Julian ausgesprochen worden sein, und zwar in der Weise, daß der Pfandfiduziar sich durch Preisgabe des Sklaven von der Haftung für den Schaden befreien konnte, wenn er nicht wußte, daß der verpfändete Sklave diebisch war, daß aber im Falle seines Wissens diese Vergünstigung wegfiel, daß dagegen der Fiduziant, der den Sklaven verwahrungshalber übereignet hatte, immer zum Schadensersatz verpflichtet war, mochte er die diebische Natur des Sklaven gekannt haben oder nicht. Daher wird es im Schlußsatze des Fragm. 31 ursprünglich nicht geheißen haben: eadem servanda esse, sondern multo magis haec servanda esse, und nachher statt depositus vel commodatus vielmehr fiduciae causae amico mancipatus[1]), falls nicht noch mehr geändert ist.[2])

D. 47, 2, 67, 1—4 ist folgendes gesagt: Der Pfandgläubiger, der von dem verpfändeten Sklaven bestohlen ist, hat einen Anspruch gegen den Schuldner auf Schadenersatz, der aber durch Preisgabe des Sklaven vom Schuldner abgewendet werden kann. Den gleichen Anspruch hat der Käufer des diebischen Sklaven nach Wandelungsvertrag gegen den Verkäufer. Hat aber der Pfandschuldner um die diebische Natur des Sklaven gewußt,

---

Gino Segré, Festschrift für Fadda S. 28. Selbst Heck, diese Zeitschrift 10, 125 gibt die Interpolation zu.

[1]) So Göppert a. a. O. S. 344. Daß Julian depositum und commodatum in bezug auf die Haftung einander gleichgestellt habe, ist völlig ausgeschlossen. Vgl. D. 47, 2, 62, 6.

[2]) Der letzte Satz könnte auch die Freilassungsfiducia behandelt haben.

während der Gläubiger sie nicht kannte, so geht er der Vergünstigung der relictio pro noxae deditione verlustig. Ebenso der Verkäufer, wenn er in der Stipulation die Ehrlichkeit des Sklaven zugesagt hat. Unklar ist hier zunächst der Übergang von § 2 zu § 3: Nisi quod in his amplius sit, quod etc. So interpungiert und verbindet Mommsen. Früher zog man den Satz nisi quod in his amplius sit zum vorhergehenden Paragraphen und setzte dahinter einen Punkt.[1]) Dann ließ man den § 3 beginnen: Quod si sciens quis ignoranti furem pignori dederit. Die Mommsensche Anordnung, die auch der griechischen Übertragung des Dorotheus entspricht, ist unzweifelhaft besser. Aber befriedigend wird damit der Wortlaut doch nicht. Bezieht man in his auf das folgende quod („in folgender Beziehung"), so ist eine solche Ausdrucksweise ganz beispiellos[2]) statt des gewöhnlichen: nisi hoc amplius est quod. Bezieht man dagegen in his auf das vorhergehende = in his casibus, in his speciebus[3]), so vermißt man ein Subjektspronomen (hoc, id, illud) zu amplius est, wie es bei Dorotheus heißt: *ἐν τούτῳ δὲ τῷ θέματι. ἐκεῖνο πλέον ἐστί, ὅτι.* Auch amplius will zum Sinn nicht recht passen. Aus alledem geht hervor, daß hier etwas geändert oder gestrichen ist. Schon Cuiacius (Opp. I 1445 D) nahm an, daß Tribonian hier etwas unterdrückt habe, nämlich die Erwähnung des vermieteten Sklaven.[4]) Nun handelte aber, wie sich wiederum aus dem pro noxae deditione relinquere ergibt, § 1 nicht vom pignus, sondern von der Pfandfiducia. Es ist daher wahrscheinlich, daß nach § 2, ebenso wie D. 13, 7, 31, die Gefälligkeitsfiducia berührt wurde. Anstöße bietet auch der § 4. Er lautet:

> Sed in actione empti praecipue spectandum esse, qualem servum repromiserit.

---

[1]) Faber, Coniect. 3, 5 p. 186 der Lyoner Ausg. v. 1581 erklärt das: nisi praeter servi furtum domini quoque dolum intercessisse proponas.

[2]) V.J.R. III 240.

[3]) So habe ich es V.J.R. III, 214 5 aufgefaßt. Ebenso Cuiac. Opp. I 1445 E. Andere fassen his als Maskulinum, also in his = bei diesen, nämlich Pfandgläubiger und Verkäufer.

[4]) Wegen § 5 und 6, wo aber die locatio wahrscheinlich interpoliert ist.

Der Verkäufer kann sich danach von der Haftung auf Schadenersatz durch pro noxae deditione relictio nicht befreien, wenn er die Ehrlichkeit des Sklaven zugesagt hat (repromiserit: scil. furem non esse). Man vermißt den Fall, daß er die Diebsnatur wissentlich verschwiegen hat.[1]) Cuiacius schreibt am angegebenen Orte: Amplius est, si scierit . . . debitor aut venditor talem esse servum. Ganz richtig, das erwartet man. Aber das hätte gesagt werden müssen, steht jedoch nicht da. Ferner sollte doch, falls der Verkäufer repromisit, statt der actio empti oder wenigstens neben ihr die actio ex stipulatu erwähnt sein, die ja nach Ulpian Dig. 21, 2, 31 auf das volle Interesse ging. Verdächtig ist endlich actio empti statt des korrekten iudicium empti oder der actio ex empto. So häufen sich die Momente, die den Argwohn nähren, daß auch in § 4 nicht der echte Text des African erhalten ist. Damit erklärt sich auch, daß die durch aeque bewirkte Anknüpfung des folgenden Paragraphen zum § 4 nicht stimmt. Man hat deshalb zu den unmöglichsten Erklärungsmitteln seine Zuflucht genommen, wovon sofort. Können wir begreiflicherweise bei der fiducia cum amico contracta nicht zu völliger Sicherheit gelangen, so liegt die Sache um so klarer bei den übrigen Kontrakten.

Der § 5 handelt vom Mandat, zu dem wir uns nunmehr wenden. Auch bei ihm muß der Mandant, da er allein Nutzen von dem Geschäft hat, jeden Schaden des Mandatars ersetzen, nicht nur wenn er ihn vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat, sondern auch wenn er durch Zufall entstanden ist.[2]) Das sagt denn auch der § 5. Sein erster Teil lautet:

Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui

---

[1]) D. 19, 1, 13, 1—3. Über die Interpolationen der Stelle siehe Haymann, Haftung des Verkäufers S. 114f. Sehr bedenklich ist caro vendidit statt magno vendidit.

[2]) Dieser Zusammenhang wird fast allgemein verkannt. Vgl. Hasse, Culpa, 2. Aufl. 404; Fr. Mommsen, Beiträge III 370; Dernburg, Pfandrecht I 162.

certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.

Der Mandant muß aeque jeden Schaden ersetzen (omni modo damnum praestare). Das müßte also im vorhergehenden Paragraphen vom Verkäufer gesagt worden sein, wie es ja auch vom Pfandschuldner oder vielmehr vom Fiduzianten wirklich gesagt war und noch jetzt im Text steht. Es ist nicht nötig, aeque in peraeque zu verbessern; aeque bedeutet schon: in gleicher Weise. Dagegen ist Eiseles Erklärung[1]): aeque = indistincte, d. h. ohne Unterschied, ob der Mandant die diebische Art des Sklaven kannte oder nicht, von Pernice mit Recht zurückgewiesen worden.[2]) Daß im Basiliken-Scholion 13 zu l. 62 § 5 furti (Heimb. V 514) *ἀδιαστίκτως* steht, beweist gar nichts, da das Scholion keine Übersetzung der Stelle ist. Aeque kommt in der Bedeutung indistincte nicht vor und würde auch in dieser Bedeutung nicht passen. Daß der Mandant auch haftete, wenn er die diebische Art des Sklaven nicht kannte, wird erst im folgenden Satze als eine Steigerung gegenüber der Haftung des Fiduzianten und Verkäufers hervorgehoben und passend mit hoc amplius quam in superioribus causis servandum eingeleitet. Der letzte oben abgedruckte Satz weist auf das Utilitätsprinzip hin und wendet es ganz richtig an. Der Mandatar darf, da er von dem Geschäft kein commodum hat, keinen Schaden erleiden, d. h. der Mandant haftet aus der actio mandati contraria für casus. Das wird aber in dem Schluß der Stelle völlig entstellt:

et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse

[1]) Arch. f. ziv. Pr. 84, 328.

[2]) Labeo II 2, 228.

dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.

Die Interpolation dieses ganzen Abschnittes hat Eisele im Arch. f. ziv. Praxis 84, 331—340 überzeugend nachgewiesen.[1]) Der Grund derselben war, daß die Kompilatoren die Stelle in Übereinstimmung mit der von ihnen gleichfalls interpolierten l. 23 de Reg. iur. (50, 17) bringen wollten, in der sie beim Mandat die culpa-Haftung eingeführt hatten.[2]) Haftete einmal der Mandatar für culpa, so mußte die gleiche Haftung den Mandanten treffen. Das ist ja dann auch in das BGB. übergegangen.[3]) Pernice hat den Zusammenhang zwischen dem interpolierten Satz des § 5 und der l. 23 Dig. 50, 17 nicht richtig dargestellt[4]), weil er die lex 23 dem Inhalte nach für klassisch hielt.[5])

Mit der besprochenen Stelle steht eine andere D. 17, 1, 26, 7 (Paul. l. 32 ad ed.) in Widerspruch. Während African den Mandanten in jedem Fall, mochte er um die diebische Art des zu kaufenden Sklaven wissen oder nicht, für den Schaden, der durch seinen Diebstahl dem Beauftragten entstanden ist, aufkommen läßt, macht Paulus seine Haft-

---

[1]) Ebenso urteilen Haymann, Haftung des Verkäufers 121, und Müller-Erzbach, Arch. f. civ. Pr. 109, 49. Nur teilweise zustimmend Pernice, Labeo II 2, 230; er hält den Satz: nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit für echt. Beseler, Beiträge 3, 58 beanstandet circa. Doch vergleiche zu diligentior circa monendum Quintil. 4, 1, 9: inde illa veterum circa occultandam eloquentiam simulatio. An und für sich beweist circa nichts für Interpolation. Aber Justinian liebt es sehr, und es steht oft genug an interpolierten Stellen. Hier ist es besonders deshalb auffällig, weil es gleich im nächsten Paragraphen noch zweimal begegnet. Das hat sich Beseler entgehen lassen. Eisele nimmt an talem, Haymann S. 59. 99 an certe Anstoß. Auch diese Worte sind nicht beweisend. Pernice hält gerade den Satz, in dem sie stehen, für echt.

[2]) Festschrift für Gierke II 273.

[3]) Besser Schweizer Obligationenrecht Art. 402, noch besser Code civ. 2000.

[4]) Labeo II 2, 230. [5]) Labeo II 2, 147.

pflicht abhängig von seiner Kenntnis der diebischen Veranlagung des zu erwerbenden Sklaven.

> Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.

Der Scholiast der Basiliken suchte die Vereinigung der beiden Stellen dadurch herbeizuführen, daß er annahm, African denke an den Auftrag zum Kauf eines bestimmten Sklaven, Paulus (oder Neratius) an den Kauf eines unbestimmten Sklaven.[1]) Daß diese Lösung unmöglich ist, liegt auf der Hand. Wie soll denn der Auftraggeber Kenntnis von der diebischen Veranlagung des zu kaufenden Sklaven haben, wenn er nicht den Auftrag zum Kauf eines bestimmten Sklaven erteilt hat? Eisele hat daher mit dem Radikalmittel der Interpolationsannahme zu helfen gesucht; den Schluß des § 7 von quod si an erklärt er für tribonianisch.[2]) Pernice hat Bedenken getragen, ihm zuzustimmen.[3]) Und in der Tat sind seine Gründe nicht voll überzeugend. Eisele sagt, Paulus lasse im vorhergehenden § 6 den Mandanten für zufälligen Schaden haften, sofern derselbe mandato imputari potest. Derselbe Grundsatz ist aber auch im § 7 ausgesprochen. Es handelt sich ja hier nicht um die Frage, ob zufälliger Schaden zu ersetzen ist oder nicht, sondern um die Höhe des Schadenersatzes. Die stilistischen Bedenken, die Eisele vorbringt, sind nicht so schlimm: talis, tunc nach si, tantum. Das letztere halte ich sogar für sehr gut. Auffallender finde ich die Coniunctivi Plusquamperfecti scissem und praedixissem. In indirekter

---

[1]) Schol. 11 ad Bas. 60, 12, 61 (p. 514 Heimb.): *μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ ή. θέμ. τοῦ κς'. κεφ. τοῦ ιδ'. βιβ. ἐκεῖ γὰρ ὁ ἐνταλθεὶς οὐκ ἐνετάλθη ῥητὸν δοῦλον ἀγοράσαι, καὶ διὰ τοῦτο ἔχει τὸν ἐντειλάμενον ἔνοχον οὐ πάντως εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ' ἐπιλογὴν ἔχει ὁ ἐντειλάμενος, ἢ δοῦναι τὸ διαφέρον, ἢ καταλιπεῖν τὸν δοῦλον.* Vgl. Glück XV 309f.; Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II 63f. 65.

[2]) Arch. f. ziv. Pr. 84, 344. Vgl. Bertolini, Appunti didattici p. 857.

[3]) Labeo II 2, 225 N. 1.

Rede wären sie nicht anstößig, wohl aber in direkter. Wenn der Satz mit oportet schließt statt mit oportere, so möchte man daraus zunächst entnehmen, daß Paulus nach dem Referat über die Ansicht des Neraz nun einen eignen Zusatz macht. Der Zusatz kann aber auch von den Kompilatoren herrühren. Und dies ist das Wahrscheinlichere. Auch hier wollten sie das Schuldmoment hineinbringen, nachdem sie das feine Utilitätsprinzip durch die culpa-Haftung des Mandatars (und damit auch des Mandanten) auf den Kopf gestellt hatten. Allerdings ist Wissen oder Nichtwissen nicht gleichbedeutend mit Verschulden, denn man kann sich auch in fahrlässiger Weise im Zustande der Unkenntnis befinden. Aber die Kompilatoren scheinen das in unserm Fall nicht unterschieden zu haben.[1]) Dadurch, daß sie die klaren Grundsätze der Klassiker über die Haftung des Mandanten für casus überall verdunkelten, gaben sie Anlaß zu der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts so vielfach behandelten Kontroverse über diese Frage. Schon Accursius hatte das Richtige erkannt und nach ihm mancher andere. Die Mehrzahl aber hielt daran fest, daß der Mandant höchstens dann für den Schaden des Mandatars aufzukommen habe, wenn ihm culpa zur Last gelegt werden könne.[2]) Darin ließ man sich auch nicht durch den § 6 der l. 26 D. 17, 1 irremachen.

> Non omnia, quae impensurus non fuit mandator[3]), imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adpraehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.

Vielmehr fanden diejenigen, die die casus-Haftung des Mandanten verwerfen, hier eine Bestätigung ihrer Ansicht.

---

[1]) D. 47, 2, 62, 5 nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.

[2]) Windscheid, Pand. § 410 Nr. 2 Bd. II S. 804 der 9. Aufl. Vgl. die reiche Zusammenstellung bei Unger, Jher. Jahrb. 33, 326 N. 73. Manche Anhänger der casus-Haftung des Mandanten wollten sie aus den Grundsätzen des deutschen Rechts herleiten, Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatr. III 291 ff.; Böckel, Arch. f. ziv. Pr. 96, 379; Gierke, Deutsches Privatr. III 724; Sachsenspiegel III 6, 3.

[3]) Die geringeren Handschriften haben: mandatori.

Andererseits gab die Stelle Anlaß zur Unterscheidung, ob der Schaden infolge des Auftrags oder bei Gelegenheit seiner Ausführung entstanden sei.[1]) Nur im ersteren Falle sollte der Auftraggeber auch nach der Ansicht derer haften, die ihn für zufälligen Schaden verantwortlich sein ließen. Das soll hier nicht weiter verfolgt werden. Für unsere Betrachtung genügt der Nachweis, daß die Klassiker den Auftraggeber auch für zufälligen Schaden des Mandatars aufkommen ließen. Das ergibt sich nun auch noch aus anderen Stellen. Nach l. 17 pr. D. 15, 3 (Afr. l. 8 quaest.) hat der Prokurator, der im Interesse seines Auftraggebers Geld geliehen und dieses ohne Verschulden verloren hat, einen Anspruch auf Ersatz:

nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte cum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.

Ferner entscheiden die Divi Fratres in einem Reskript D. 17, 1, 8, 8 (Ulp. l. 31 ad ed.), daß die Bürgen, die auf eine höhere Summe, als die Schuld in Wahrheit betrug, verurteilt sind, mit der Regreßklage scheitern, wenn sie es wissentlich unterließen, Berufung einzulegen. Daraus ergibt sich, daß sie den vollen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner haben, falls die Berufung ohne ihre Schuld unterblieb. Das wird denn auch im weiteren Verlaufe der Stelle gesagt. Es deuten jedoch viele Anzeichen auf Interpolation.[2]) Indessen ist der Sinn, auf den es uns ankommt, durch den Wortlaut des Reskripts festgestellt.

Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te.[3])

Endlich sei hingewiesen auf D. 17, 1, 15 (Paul. l. 2 ad Sab.). Wer beauftragt ist, ein Grundstück zu kaufen, hat nach Ausführung des Auftrags den Ersatzanspruch gegen

---

[1]) **Mommsen**, Erörterungen II 62; **Jhering** in seinem Jahrb. IV 37; **Unger** in Jher. Jahrb. 33, 327; **Dernburg**, Pand. II⁷ S. 323.

[2]) **Beseler**, Beiträge III 106. 126.

[3]) Vgl. auch D. 46, 1, 67, worüber weiter unten.

den Auftraggeber, auch wenn der Auftrag widerrufen war, der Beauftragte jedoch vom Widerruf erst nach Abschluß des Kaufes Kenntnis erlangte, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.

Wer durch diese Nachweise noch nicht überzeugt ist, dem wird jeder Zweifel benommen werden durch folgende beiden Stellen.

D. 19, 5, 17, 1 (Ulp. l. 28 ad ed.): Si margarita aestimata tibi dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes.[1])

Paul. Sent. 2, 4, 4: Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo perit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit.

Deutlicher als in der Digestenstelle kann das Prinzip nicht ausgesprochen werden. Es wird der zweiseitige und der einseitige Vertrag unterschieden. Ist der Vertrag zweiseitig, d. h. haben beide Teile von ihm Nutzen, so wird für dolus und culpa gehaftet. Ist er einseitig, so wird wieder unterschieden, wer gebeten hat. Hat der Empfänger der Perlen gebeten, so haftet er für die Gefahr, d. h. für casus. Hat der Hingebende gebeten, so liegt Auftrag vor, und er, der Hingebende oder Auftraggeber, trägt die Gefahr. Die Paulusstelle ist wohl nicht ganz intakt.[2]) Indessen läßt auch sie dieselben Grundsätze erkennen.

Wenn es nun also durchaus angemessen ist, daß der Mandatar, der am Geschäft keinen Nutzen hat und lediglich dem Auftraggeber eine Gefälligkeit erweist, auch keinen Schaden leiden soll, so kann das doch nur dann gelten,

---

[1]) Den Schlußsatz von si neuter ab hält Segré, Festschrift für Fadda p. 31 für interpoliert. Seine Gründe sind allerdings beachtenswert. Aber für unsern Zweck kann der Satz auch preisgegeben werden.

[2]) Siehe die Note in der Ausgabe von Seckel u. mir.

wenn er den Schaden nicht selbst verschuldet hat. Dieser Gedanke ist so einfach und einleuchtend, daß man kaum begreift, wie man seine Richtigkeit bestreiten konnte. Und doch ist das geschehen. D. 17, 1, 26, 7 heißt es:

> Cum servus, quem mandato meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus noxae tibi dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit.

Über den letzten Satz hat Faber Coni. 3, 5 eine kleine Abhandlung geschrieben. Er sagt, es sei kaum denkbar, daß man sich ohne seine Schuld bestehlen lasse. Durch einen solchen Vorbehalt würde der Anspruch des Mandatars illusorisch. Daher will er statt culpa tua lesen: culpa mea. Dieser Vorschlag hat nun wenig Wahrscheinlichkeit für sich. Denn von dem Verschulden des Mandanten spricht erst der nächste Satz, der mit dem typischen quod si (wenn aber) anhebt. Das merkwürdigste aber ist, daß Faber am Schluß seiner Ausführungen dieselbe Ausnahme doch wieder zuläßt, indem er auf D. 47, 2, 62, 7 verweist. Er erläutert das in der Weise, daß er sagt, nicht jede culpa hindere den Mandatar, seinen Ersatzanspruch in solidum geltend zu machen, sondern nur eine culpa quae furto causam dat. Über D. 47, 2, 62, 7 wird noch zu reden sein. Aber die Unterscheidung von culpa causam dans und culpa incidens hat wenig für sich; sie würde jedenfalls für den Richter recht schwierig sein, und es wäre sehr fraglich, ob dadurch der Anspruch des Mandatars besser gesichert wäre. Aber die Ausführungen Fabers haben doch großen Eindruck gemacht, und wenn man sich auch nicht seiner Emendation angeschlossen hat, so ist man ihm doch insofern gefolgt, als man den ganzen Satz si tamen — acciderit für interpoliert hält.[1]) Indessen die Gründe, die man anführt, sind nicht überzeugend. Eisele und Pernice führen aus, daß bei der Noxalklage wegen furtum der Eigentümer servi nomine hafte; dem furtum sei dolus wesentlich, und es sei nicht verständlich,

---

[1]) Eisele, Arch. f. ziv. Pr. 84, 345; Pernice, Labeo II 2, 225 Anm. 1; De Medio, Bullet. 18, 278; Bertolini, Appunti p. 857; Haymann, Haftung des Verkäufers S. 59 Anm. 1.

wie dem Geschädigten seine culpa solle vorgeworfen werden können. Aber es handelt sich hier nicht um die actio furti, sondern um die actio mandati contraria (oder vielleicht um das iudicium mandati contrarium)[1]); sie ist bonae fidei, und der iudex konnte sehr wohl dabei die culpa des Klägers berücksichtigen. Es stand doch nur die Anwendung des Satzes: 'quod quis ex sua culpa damnum sentit non intellegitur damnum sentire' in Frage. De Medio meint, die Kompilatoren hätten hier wieder die culpa-Haftung des Mandatars anbringen wollen. Aber auch davon ist in unserem Falle nicht die Rede. Der Mandatar haftete nach klassischem Recht nur für dolus, nach byzantinischem auch für culpa. In unserem Falle dagegen handelt es sich um den Ersatzanspruch des Mandatars für erlittenen Schaden; und dessen geht er verlustig, wenn er den Schaden selbst verschuldet hat. Es ist zuzugeben, daß der fragliche Satz etwas ungeschickt eingefügt ist; aber sachlich ist er unangreifbar. Eisele erkennt ihn auch selbst als richtig an; er schreibt S. 348 seines schon oft zitierten Aufsatzes:

„Da einem Schuldlosen Schadenersatz auferlegt wird, so ergeben sich für das Maß seiner Haftung mit evidentester Billigkeit zwei Sätze. Erstens: Demjenigen, dem der Schaden abgenommen werden soll, darf selbst kein Verschulden zur Last fallen, auch nicht levis culpa usw."

Eisele widerspricht sich also ebenso wie Faber. Der angefochtene Gedanke findet sich in den Quellen noch öfter ausgesprochen, z. T. bisher unbeanstandet. Zunächst Cod. 4, 35, 4 (Alex.):

Etiamsi contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.

De Medio hält den Satz si tamen — factum est für interpoliert. Besondere Gründe führt er nicht an.

---

[1]) Vgl. dazu Maschke, Arch. f. ziv. Pr. 85, 123f.

D. 15, 3, 17 pr. (Afr. l. 8 qu.): Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. nam et si procurator meus in negotio meo impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gesturum acturum.

D. 17, 1, 8, 8 (Ulp. l. 31 ad ed.): cuius (rescripti divorum fratrum) verba haec sunt: 'Catullo Iuniano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te.'

Im folgenden wird das weiter ausgeführt; über die Interpolationen s. oben S. 99.[1])

Es bleibt noch übrig

D. 47. 2, 62, 7 (Afr. l. 8 qu.): Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat: ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil umquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.

Diesen Paragraphen hat Faber für echt gehalten; Eisele[2]) erklärt ihn von ceterum si an, De Medio[3]) ganz für interpoliert. Der erste Satz spricht den von uns als berechtigt anerkannten Gedanken aus; wir halten ihn also für echt.[4]) Dagegen ist im zweiten Satze das nihil umquam tale quid sehr häßlich. Auch kann man von dem Mandatar oder Depositar nicht verlangen, daß sie wissen, wie großes Vertrauen der Eigentümer dem Sklaven schenkte, und wenn sie es nicht wissen, so ist das keine culpa. Eisele nimmt

---

[1]) Vgl. auch noch D. 17, 1, 10, 12. Der Schluß (von si modo an) ist interpoliert; Partsch, Bürgschaftsrecht I 276.

[2]) Arch. f. ziv. Pr. 84, 330; diese Zeitschrift 18, 37.

[3]) Bullet. 18, 279.

[4]) De Medio sagt, er stände zu entfernt von der Erörterung über den Deponenten und Mandanten, auf die er sich bezieht. Er ist davon durch § 6, in dem über das Kommodat gehandelt wird, getrennt. Allein dieses Bedenken scheint mir nicht schwer zu wiegen.

eine Interpolation zu Unterrichtszwecken an. Aber man könnte sie auf den Satz cum alioquin — fecisset beschränken. Custodiam committere ist tadellos, vgl. D. 23, 3, 9, 3. 26, 7, 48. Über forte denke ich wie über hodie. Zanzucchi belegt es aus Gaius' Institutionen zwölfmal. Dagegen ist die culpa des Mandatars wohl interpoliert an folgender Stelle:

D. 46, 1, 67 (Paul. l. 3 ad Ner.): Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est, scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti.

Der Schlußsatz widerspricht dem Tatbestande. Die Interpolation ist von Fr. Mommsen[1]) und Eisele[2]) erkannt worden. Die Entscheidung selbst ist auffallend. Aber sie bestätigt, daß der Mandant grundsätzlich für den Schaden des Mandatars aufkommen muß. Denn andernfalls würde sie etwas Selbstverständliches sagen. Die Erklärung der Entscheidung ist wohl folgende. Der Bürge hat einen Regreßanspruch gegen den Schuldner, wenn er dessen Schuld tilgt. Zahlt der Bürge eine Nichtschuld, so geht das den Hauptschuldner nichts an. Ob er sine iudico zahlt oder auf Grund richterlichen Urteils, ist gleichgültig.[3]

Die Haftung des Mandanten für jeden Schaden, den der Mandatar durch die Ausführung des Auftrages erleidet, konnte durch Vertrag wegbedungen, also auf den Mandatar abgewälzt werden.

D. 17, 1, 39 (Ner. l. 17 memb.): Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur.

---

[1]) Erörterungen II 65. [2]) Arch. f. ziv. Pr. 84, 348.

[3]) Anders entscheidet D. 17, 1, 8, 8. Hier ist der Hauptschuldner dem Bürgen, der durch ungerechten Spruch zur Zahlung verurteilt ist, zum Ersatz verpflichtet. Die Verpflichtung erlischt nur, wenn der Bürge vorsätzlich unterlassen hat, Berufung einzulegen. Vielleicht sollte die Interpolation in D. 46, 1, 67 den Widerspruch beseitigen. Vgl. das Schol. 8 zu Bas. 14, 1, 8.

Also trug ohne eine solche Abmachung der Mandant das periculum.

Dem Auftrag ist hier, wie auch an andern der besprochenen Stellen (D. 47, 2, 62, 5; 7), das Depositum gleichgestellt. Mit vollem Recht. Der Depositar handelt wie der Mandatar aus reiner Gefälligkeit für den Vertragsgegner, hat von dem Geschäft gar keinen Nutzen und haftet daher nur für dolus, wie der Mandatar (Mod. coll. 10, 2, 1; 3). Das depositum ist nur eine besondere Art des Mandats. Die Römer bezeichneten es daher ursprünglich als commendatum[1]), und dieser Ausdruck ist viel passender als depositum, weil er auch auf lebende Wesen (res moventes), wie Sklaven und Tiere, anwendbar ist, während bei diesen das Wort deponere schlecht paßt. Es gelten mithin die Haftungsregeln des Mandatum auch für das Depositum, wie das an den angeführten Stellen ausgesprochen ist. Weitere Belege sind überflüssig. In der gemeinrechtlichen Literatur aber ist man von dem richtigen Prinzipe abgewichen[2]), und die Praxis hat sich dem angeschlossen. So erklären sich Entscheidungen, wie die des Oberlandesgerichts Stuttgart, Seufferts Arch. 50, 242, welche einem gesunden Rechtsgefühl nicht entsprechen. Durch eine Kuh, die der Beklagte im Stall der Klägerin eingestellt hatte, war das Vieh der Klägerin mit der Maul- und Klauenseuche angesteckt. Die Klägerin verlangte dafür Schadenersatz. Sie wurde abgewiesen. Also für ihre Gefälligkeit wird ihr der Schade aufgebürdet. Die Begründung stützt sich auf den „allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts, daß in Schuldverhältnissen regelmäßig nur für Verschulden,

---

[1]) Paul. coll. 10, 7, 4. Mod. coll. 10, 2, 1. quid est aliud commendare quam deponere D. 16, 3, 24 (Pap. l. 9 qu.); ähnlich D. 50, 16, 186 (Ulp. l. 30 ad ed.). Vgl. D. 11, 7, 14, 4 (Ulp. l. 25 ad ed.). 16, 3, 26 pr. (Paul. l. 4 resp.). Paul. Sent. 1, 21, 4. 2, 31, 21. Voigt, Röm. Rechtsgesch. I 825. commendare ist Kompositum von mandare (con-mandare). Sehr scharf erkannten die Römer, daß Mandat Konsensualkontrakt, Depositum Realkontrakt ist. Der Mandatar ist verpflichtet durch die Übernahme des Auftrags (mandatum suscipere), der Depositar durch Empfang der zu verwahrenden Sache.

[2]) Nachweise bei Unger, Jher. Jahrb. 33, 321; Windscheid, Pand. II § 378 N. 16.

nicht für Zufall eingestanden wird, ein Grundsatz, der hinsichtlich des durch den Diebstahl eines zum Pfand gegebenen, deponierten und vermieteten Sklaven entstandenen Schadens in fr. 31 de pign. a. 13, 7, fr. 22 comm. vel contra 13, 6 und fr. 45 § 1 loc. cond. 19, 2 gleichmäßig ausgesprochen wird." Hier werden also Pfandschuldner, Deponent und Vermieter ganz gleich behandelt. Aber die Sache wird dadurch noch verschlimmert, daß die zweite Stelle gar nicht vom Deponent, sondern vom Verleiher spricht. Der Gerichtshof hat alle obligatorischen Verträge in der Haftungsfrage ganz gleich bewertet, unbekümmert darum, ob es sich um entgeltliche oder unentgeltliche Geschäfte handelt. Es ist ungerecht, denjenigen, der eine Gefälligkeit erweist, ebenso zu behandeln wie denjenigen, dem eine Gefälligkeit erwiesen wird.

In dieser Lage befindet sich der Kommodatar. Er haftete daher, wie ich in der Festschrift für v. Gierke zu erweisen suchte, nach klassischem Rechte über culpa hinaus. Jetzt haben wir uns mit dem Kommodanten zu beschäftigen. Da er von dem Geschäfte keinen Nutzen hat, so haftet er nur für dolus. Dieser wird schon darin gefunden, daß der Verleiher die schadenstiftende Eigenschaft der zu leihenden Sache kennt, während sie dem Entleiher unbekannt ist. Er sieht den Erfolg voraus und tut nicht das Seinige, um ihn abzuwenden. Im Wissen wird ohne weiteres die rechtswidrige Absicht erblickt.[1]) Trebatius gab in solchem Falle die actio de dolo.

D. 4, 3, 18, 3 (Paul. l. 11 ad ed.): De eo qui sciens commodasset pondera (iniqua), ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem.

Warum gab Trebatius die actio de dolo und nicht die actio commodati contraria? Entweder, weil jene infamierte, diese nicht, oder, was wahrscheinlicher ist, weil die actio commodati noch nicht existierte.[2]) Spätere gaben in gleichem Falle die actio commodati contraria.[3])

---

[1]) Pernice, Labeo II² 1, 147; Mitteis, Röm. Privatrecht I 316f.

[2]) Segré, Studi Fadda p. 58 des Sonderabdruckes.

[3]) Pernice, Labeo II² 2, 226; Segré a. a. O.

D. 13, 6, 17, 3 (Paul. l. 29 ad ed.): si sciens vitiosa tigna commodaveris.

D. 13, 6, 18, 3 (Gai. l. 9 ad ed. prov.): qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

An zwei Stellen wird der Fall behandelt, daß der geliehene Sklave den Entleiher bestohlen hat, D. 13, 6, 22 und 47, 2, 62, 6. Sie widersprechen sich und erfordern daher eine eingehendere Betrachtung. An der ersten Stelle wird gesagt, daß der Bestohlene auf jeden Fall die Noxalklage wegen furtum habe, die Kontraktsklage dagegen nur, wenn der Verleiher den diebischen Charakter des Sklaven kannte. An der zweiten Stelle heißt es, wenn der Verleiher dolos gehandelt habe, solle er nicht mehr als den Wert des Sklaven einbüßen. Das versteht man so, daß er nur in diesem Falle noxal hafte, während die erste Stelle die Noxalklage in jedem Falle, also auch bei mangelndem Dolus zuläßt.

D. 13, 6, 22 (Paul. l. 22 ad ed.): Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est. contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.

D. 47, 2, 62, 6 (Afr. l. 8 qu.): Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum. quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.

Versteht man in der l. 62 unter si dolo quid fuerit dasselbe wie in sciens talem esse servum ignoranti commodavit (l. 22) und unter non ultra pretium servi quid amissurum die Noxalklage, so ist sie mit der l. 22 nicht zu vereinigen.

Mommsen schlug daher folgende Ergänzung vor: si dolo quid fecerit, [omni modo damnum praestaturum esse: si dolo non fecerit], non ultra pretium servi quid amissurum. Die Früheren halfen sich einfacher, indem sie die Lesart geringerer Handschriften nisi dolo[1]) oder si non dolo annahmen. Aber der Scholiast der Basiliken bestätigt die Lesart der Florentina. Beseler scheint den ganzen Paragraphen für unecht zu halten.[2]) „Der Herr haftet für den Sklaven nicht über dessen Wert" sei eine falsche Formulierung des Prinzipes der Noxalhaftung. Aber Beseler tadelt eine Formulierung, die gar nicht vorhanden ist. Es steht nichts da von haften, sondern es heißt: si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum.[3]) Das ist doch etwas anderes. Es ist doch sehr die Frage, ob hier überhaupt von Noxalhaftung die Rede ist. Die ganze l. 62 bis zum § 7, die schon so oft Gegenstand unserer Betrachtung war, beschäftigt sich nur mit den Kontraktsklagen (und im principium mit dem iudicium comm. divid.), und so auch im § 6.[4]) Es wird hier gesagt, daß der Kommodant, wenn er dolos gehandelt hat, zwar verurteilt wird, nämlich im iudicium commodati, aber nicht über den Wert

---

[1]) So Hasse, Culpa [2] 401.

[2]) Beiträge 3, 66. Beseler handelt eigentlich von § 5; daher ist seine Meinung nicht sicher erkennbar.

[3]) Das könnte heißen: cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit braucht nicht immer als dolus angesehen zu werden. Ich will es dahingestellt sein lassen, ob der Schluß echt ist. Remissius begegnet auch bei Paul. D. 47, 9, 4, 1 und Marcian D. 48, 19, 11 pr., während Justinian den Ausdruck nicht gebraucht.

[4]) Auch in § 1 ist nicht von einer Noxalklage die Rede, sondern es heißt: agendo contraria pigneraticia (Afr.: fiduciae iudicio) consequar, uti ... pro noxae deditione hominem relinquas. Vgl. dazu Maschke, Arch. f. ziv. Pr. 85, 123f. Unklar Pernice, Labeo II[2] 2, 225 am Ende. Richtig Levy, Diese Zeitschrift 36, 55. Vgl. pro noxae deditione relinquere und pro noxae dedito relinquere D. 13, 7, 31. 30, 110. noxae nomine relinquere D. 21, 1, 58 pr. Überall handelt es sich darum, daß der Eigentümer vom Sklaven bestohlen ist. Die actio furti noxalis ist in solchem Fall überhaupt nicht möglich; Gai. IV 78. Aber der für den Diebstahl Haftende kann sich, wenn der Schadenersatzanspruch mit der Kontraktsklage geltend gemacht wird, befreien dadurch, daß er auf den Sklaven verzichtet (pro noxae dedito relinquit).

des Sklaven hinaus, und daß der dolus besonders milde beurteilt werden müsse.

Noch mehr angegriffen ist die l. 22. Der erste, der ihre Echtheit in Zweifel zog, war Gradenwitz, der wegen der contraria actio Anstoß nahm (Interpol. 121). „Die Frage harmoniert nicht mit der Antwort", sagt er. Damit meint er offenbar folgendes: In der Frage wird die commodati actio als das mildere (sufficit!), in der Antwort als das strengere Mittel bezeichnet; denn da wird sie nur für den Fall gegeben cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit. Pernice (Labeo II², 2, 225 n. 2) stimmte Gradenwitz teilweise zu, meinte aber, die Stelle sei von den Kompilatoren umgestaltet, nicht interpoliert. In der Antwort könnte jeder Satz für sich von einem Klassiker geschrieben sein; aber zusammen paßten sie nicht, schon wegen des unerträglichen Subjektswechsels. Indessen ist es mit der Klassizität des Ausdrucks doch nicht so gut bestellt. Contraria commodati ohne actio[1]) und talis gelten heute vielen als starke Verdachtsmomente. Den Widerspruch zwischen der Frage und der Antwort suchte Pernice dadurch zu beseitigen, daß er sufficere im Sinne von „zustehen", nicht von „genügen" auffaßte, wofür er sich auf D. 19, 2, 45, 1 berief.

Eins ist Pernice zuzugeben: der Satz et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est bietet weder nach Form noch nach Inhalt Anstöße. Ist der Entleiher vom Sklaven des Verleihers bestohlen, so hat er gegen den dominus die noxale actio furti, und es ist dabei von keiner Bedeutung, ob den Verleiher ein Verschulden trifft oder nicht.[2]). Man mag ein starkes Stück darin finden,

[1]) Lenel in dieser Ztschr. 35, 208, doch auch Festschr. f. Sohm 221 n. 5. Seckel im Wörterbuch s. v. talis.

[2]) Nach D. 2, 7, 1, 1 haftet der Dominus des Sklaven, der einen in ius vocatus mit Gewalt befreit hat, sine noxae deditione, wenn der Sklave sciente domino id fecit. Wenn man darin, daß jemand sciens furem esse servum einen Sklaven ignoranti leiht, ein Wissen um den Diebstahl sieht, so könnte man auf den Gedanken kommen, daß auch in diesem Falle der dominus sine noxae deditione haftete. Aber man wird nicht so weit gegangen sein, zumal da es sich um den Kommodanten handelte, bei dem der dolus milder (remissius) beurteilt werden sollte.

daß der Verleiher sich für seine Gefälligkeit eine Strafklage schwerster Art auf den Hals ziehen kann, die er besten- oder schlimmstenfalls durch Aufopferung des Sklaven abwenden kann, aber das ist im System des römischen Rechts begründet. Es verhält sich ähnlich wie bei unserm Tierhalterparagraphen. Aber ein anständiger Mensch wird vielleicht lieber den Diebstahl verschmerzen als den Freund, der ihm eine Gefälligkeit erwiesen hat, mit der pönalen actio furti belangen, und wer das Gegenteil befürchtet, der mag sich bei seinen Gefälligkeitserweisungen vorsehen. Anders liegt aber die Sache, wenn der Entleiher vom Verleiher auf Herausgabe des Sklaven belangt wird. Hier wird er kein Bedenken tragen, Gegenansprüche, die ihm aus dem Diebstahl des geliehenen Sklaven entstanden sind, geltend zu machen. Ob das zulässig sei, das war die Frage, die den Paulus beschäftigte. Zu beachten ist, daß der Anspruch aus dem Diebstahl mit einem Anspruch aus Verwendungen verglichen wird. Es wird dabei zunächst nicht die selbständige actio commod. contr. in Frage gestanden haben, sondern das iudicium contrarium. Gegenansprüche wegen Verwendungen konnte der Beklagte hier stets geltend machen; aber ob auch wegen andern Schadens, das war fraglich. Versteht man die Frage in diesem Sinne, so wird das sufficere verständlich. Kann ich den Schaden, den ich durch den Diebstahl des geliehenen Sklaven erlitten habe, im iudicium contrarium geltend machen oder muß ich deswegen eine besondere Klage (die actio furti) anstrengen? Das stand zur Entscheidung. Sufficere heißt nun einmal „genügen“ und nicht „zustehen“ (competere).[1] Es liegt in der von Pernice angezogenen Stelle D. 19, 2, 45, 1 nicht anders. Auch

---

Leiht jemand einem andern einen Sklaven, den er als diebisch veranlagt kennt, so kann darin höchstens ein dolus eventualis liegen; es ist sogar zweifelhaft, ob es nicht nur bewußte Fahrlässigkeit ist. Dieser Unterschied wurde allerdings durch die Gleichstellung von dolus und culpa lata beseitigt, und zwar nur für Delikte. Aber bei dem typischen Beispiel, Verleihen, Deponieren, Verpfänden eines diebischen Sklaven, der dann Diebstahl begeht, spielen Delikts- und Kontraktsrecht fortwährend durcheinander, und dadurch entstehen gerade die Zweifel und Schwierigkeiten der Entscheidung.

[1]) A. M. Schloßmann, Vertrag S. 223.

dort wird gefragt, ob der Bestohlene den Schadenersatz mit der Kontraktsklage erlangen kann, oder ob er mit der actio furti klagenmuß; nur ist die Kontraktsklage die actio conducti. Paulus hält die Kontraktsklage für unzulässig:

> an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est.[1])

Wenn Paulus gegenüber dem Mieter wirklich so entschieden hat, dann kann er dem Kommodatar die actio commodati contraria erst recht nicht gestattet haben, auch dann nicht, wenn der Kommodant sciens talem esse servum ignoranti commodavit. Denn der Lokator hatte immerhin Nutzen von dem Geschäfte und haftete daher für culpa, der Kommodant aber nicht. Denkbar ist höchstens, daß Paulus die Berücksichtigung des Diebstahls beim iudicium contrarium zuließ, wenn sich der bestohlene Kommodatar in der Rolle des Beklagten befand. Aus dem iudicium contrarium hätten die Kompilatoren die actio contraria gemacht. Damit würden sich die stilistischen Fehler des Schlußsatzes der l. 22 wenigstens teilweise erklären, und die Harmonie zwischen Frage und Antwort wäre hergestellt.

Auch der Widerspruch mit der l. 62 § 6 fällt weg, sobald man annimmt, daß es sich auch hier um das iudicium contrarium handelte, wie überhaupt in der ganzen l. 62 bis zum § 7. African oder vielmehr Julian sagte, daß der klagende Kommodant dem beklagten Kommodatar den Schaden, den dieser durch Diebstahl des gestohlenen Sklaven erlitten habe, ersetzen müsse, aber nicht über den Wert des Sklaven hinaus und nur in dem Falle, daß ihm dolus zur Last gelegt werden könne.

Möglich ist immerhin, daß auch der Kommodant, der dolos, d. h. in der Absicht, zu schädigen, gehandelt hatte, wegen des Diebstahls, den der geliehene Sklave an dem Kommodatar verübt hatte, aus der actio furti sine noxae deditione haftete. Denn wer einem andern eine Sache leiht, um ihm damit Schaden zuzufügen, handelt so niederträchtig, daß er auf mildere Behandlung keinen Anspruch erheben

---

[1]) Vgl. dazu Seneca de ben. 6, 5, 5. 6, 6, 1.

kann. Von dem Erweisen einer Gefälligkeit ist ja in diesem Falle keine Rede. Die Gefälligkeit ist nur ein Schein, ein Deckmantel, unter dem der Kommodant eine Bosheit verüben will. Dieser Gedanke könnte in D. 13, 6, 22 und 47, 2, 62, 6 ausgedrückt gewesen und durch Interpolationen beseitigt worden sein.[1]) Daß daneben der Kommodatar in solchem Falle seine Ansprüche auch im iudicium contrarium und selbst mit der selbständigen actio commodati contraria geltend machen konnte, halte ich für unzweifelhaft. Möglich ist auch, daß dabei der dolus des Kommodanten milder beurteilt wurde, quoniam nulla utilitas commodantis interveniat. Die Grenze zwischen dolus und culpa ist ja schwer zu ziehen, und für culpa sollte der Kommodant nicht haften. Die culpa-Haftung wurde ihm erst aufgebürdet, als man den Satz geprägt hatte: culpa lata dolo comparatur.

Nirgends in den Quellen finden wir eine Andeutung, daß der Kommodant für culpa oder gar für casus haftete. Dagegen haftete der Mandant und der Deponent, wie wir gesehen haben, für culpa und casus. Daß auch der Fiduziant bei der Freundschaftsfiduzia ebenso streng haftete, ist wahrscheinlich, wenn es sich auch nicht mit gleicher Sicherheit beweisen läßt, da ja die fiducia absichtlich und konsequent aus den Quellen herausinterpoliert ist. Die Kompilatoren verdunkelten diese Sätze, weil sie den Mandatar für culpa haften ließen, weil sie überall das Verschuldungsprinzip anzubringen suchten, auch da, wo es gar nicht hinpaßte, und weil sie die fiducia tilgten und durch depositum et commodatum ersetzten. Es liegt ja auf der Hand, daß gerade in der Haftungsklage depositum und commodatum nicht zu-

---

[1]) Ich meine etwa so: In D. 13, 6, 22 hieß es nicht: et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, sondern: et furti quidem actionem habere etc. Des weiteren war dann gesagt, ob die actio furti noxal sei oder nicht, richte sich danach, ob der Verleiher dolos gehandelt habe oder nicht. D. 47, 2, 67, 6 wäre zu ergänzen, was Mommsen einschiebt, S. 108; nur daß wir in dieser Ergänzung nicht eine Textverbesserung zu sehen haben, sondern die Aufdeckung einer planmäßigen Interpolation. Aber es ist mir doch zweifelhaft, ob wir berechtigt sind, mit Gewaltmitteln eine Harmonie zwischen African-Julian und Paulus herzustellen.

sammenpassen und nicht gleichmäßig behandelt werden können. Die Folge davon war, daß überall Unklarheiten entstanden. Man kann eben nicht einen neuen Flicken auf ein altes Kleid setzen, neuen Wein in alte Schläuche füllen. Die Widersprüche, die durch die Interpolationen entstehen mußten, ließen sich nicht so verdecken, daß sie eindringender Betrachtung nicht erkennbar wären. Daher sind denn die Grundsätze der Klassiker doch noch erkennbar geblieben. Das Utilitätsprinzip ist auch bei den Konträrklagen strenge innegehalten worden. Derjenige, der von dem Geschäfte allein Nutzen hatte, haftete bis zum casus; wer keinen Nutzen hatte, haftete nur für dolus.

Mir scheint dieses Prinzip einem gesunden Rechtsgefühl zu entsprechen. Ich glaube auch, daß die Mehrzahl der Menschen unwillkürlich ebenso empfindet. Wer durch ein geliehenes Pferd Schaden erleidet, wird Schadenersatz von dem Freunde nicht fordern; es würde sich ja sonst auch jeder hüten, einem andern eine Gefälligkeit zu erweisen. Wer dagegen durch ein ihm zur Verwahrung übergebenes Pferd oder durch das Pferd, das er im Auftrag eines andern gekauft hat, geschädigt ist, wird versuchen, für den Schaden Ersatz zu erlangen. Allerdings nach unserm geltenden Recht ohne Aussicht auf Erfolg. Das beweist die Abhängigkeit des BGB. vom justinianischen und gemeinen Rechte. Andere moderne Gesetzgebungen haben, wenigstens teilweise, diese Fehler vermieden, was hier des näheren nicht auszuführen ist; es genügt, dafür auf Ungers mehrfach zitierten Aufsatz zu verweisen. Wenn ich eben sagte, daß die klassischen Rechtssätze einem gesunden Rechtsgefühl entsprechen, so bin ich mir wohl bewußt, daß ich damit in den Augen vieler eine Ketzerei begangen habe. Denn mein Ausspruch ist ein Rückfall in das Naturrecht. Ich schäme mich aber dessen durchaus nicht. Aber auch diesen interessanten Punkt näher zu beleuchten, ist hier nicht der geeignete Ort.

V.

Die Lehre vom Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**
in Göttingen.

Die römische Lehre vom Concursus Causarum hat in der gemeinrechtlichen Wissenschaft eine reiche Literatur hervorgerufen.[1]) Aber das einschlägige Quellenmaterial ist zu stark mit Interpolationen durchsetzt, als daß diese in der üblichen Weise harmonisierende dogmatische Literatur den heutigen Rechtshistoriker befriedigen und ihm mehr bieten könnte als eine bloße Grundlage für weitere Forschungen. Ferrini war der erste, der sich aus den dogmatischen Banden zu befreien und die Lehre historisch zu ergründen versuchte, sowohl in seiner Darstellung des Ver-

---

[1]) Aus der älteren Literatur kommt nur noch in Betracht: De Retes, Meermann, Nov. Thes. 6, 378 ff. 408 (wertvoll wegen der Verweisungen auf die ältere Literatur); Majansius, Disputationes Iuris, Disp. VII. — Neuere gemeinrechtliche Literatur: W. Sell, Über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839); F. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht 1 (Die Unmöglichkeit der Leistung) S. 253 ff. und Nachtrag dazu in Bd. 3 (Die Lehre von der Mora) S. 413 (1855); Arndts, Glück 46, 249 ff. (1868); Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums S. 31 (1874); G. Hartmann, Die Obligation S. 1 ff. (1875); Kohler, Ges. Abhandlungen S. 249 (1877); K. Schmidt, Jherings J. 20, 411 ff. (1882); Mitteis, Die Individualisierung der Obligation S. 13 ff. (1886); Salkowski, Glück 49, 122 ff. (1889); Binder, Die Korrealobligationen S. 42 ff. (1899); Hellmann, Arch. f. ziv. Prax. 90, 384, 389, 393 ff. (1900); Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 77 (1902); Last, Anspruchkonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis (Leonhards Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts Heft 26) S. 84 ff. (1908); Bechmann, Kauf 3, 2 (herausg. von Oertmann) S. 43 und 53 (1908). — Windscheid, Pand. 2 § 343a, § 389 N. 8e; Dernburg, Pand. 2 § 68; Dernburg-Sokolowski, System 2 § 325.

mächtnisrechts[1]) als besonders in seiner Abhandlung: Intorno al 'Concursus Causarum Lucrativarum'.[2]) Die Interpolationenkritik, die damals in den ersten Anfängen stand, kommt freilich in diesen Untersuchungen noch nicht zu Wort, und so konnten denn auch diese Arbeiten, trotz der zweifellosen Bedeutung, die ihnen zukommt, die gewünschte Klarheit nicht erbringen. Ferrinis Ausführungen blieben in Deutschland zunächst ganz unbekannt, und zwar nicht nur bei den Dogmatikern, sondern ebenso auch bei den Rechtshistorikern. Pernice streifte im Labeo die Lehre, ohne Ferrini zu erwähnen[3]); auch die kurze unbedeutende Darstellung, die Karlowa in seiner Rechtsgeschichte unsrer Lehre widmete[4]), kennt Ferrinis Arbeiten nicht. Di Marzo hat das Verdienst, in seiner Abhandlung 'Appunti sulla dottrina della causa lucrativa'[5]) als erster die neue interpolationenkritische Methode auf das hier in Betracht kommende Quellenmaterial angewandt zu haben. Das Ergebnis seiner Untersuchung war ungemein radikal. Nach seiner Ansicht haben die Klassiker die Kategorie der causa lucrativa (und non lucrativa) überhaupt nicht verwendet; wo dieser Terminus in den Quellen auftaucht, liege Interpolation vor. Die Kompilatoren haben aber nach der Meinung Di Marzos nicht nur die klassische Terminologie,

---

[1]) Teoria generale dei legati e dei fedecommessi S. 606ff. (1889).

[2]) Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere Rendiconti Serie II vol. 24 S. 325ff. (1891). Die italienische Übersetzung der oben S. 114 N. 1 genannten Arbeiten Arndts' und Salkowskis bei Glück, Commentario alle Pandette lib. 30—32, 1 (1898) S. 167ff., 2 (1901) S. 94ff. stammt ebenfalls von Ferrini, der auch einige eigene Noten beigefügt hat; daselbst 2, 126ff. ist als 'Appendice del traduttore' der erwähnte Aufsatz aus den Rendiconti nochmals (mit geringen Veränderungen) zum Abdruck gebracht. Siehe auch Ferrini, Manuale di Pandette (3. Aufl. 1908) § 516 S. 649.

[3]) 2, 1 (2. Aufl. 1895) S. 267. Diese Ausführungen geben im wesentlichen nur die Anschauungen wieder, die Pernice in seiner vorkritischen Zeit gewonnen hatte: siehe Ztschr. f. Handelsrecht 21, 325 (1876), 33, 435 (1887); die 1. Aufl. des 2. Labeobandes enthielt von alledem fast gar nichts (Bd. 2, 1878, S. 128).

[4]) Röm. Rechtsgeschichte 2 (1901) S. 835ff.

[5]) Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano 15 (1903) S. 91ff.; 17 (1905) S. 103ff.

sondern auch das klassische Recht geändert. Die Klassiker, glaubt Di Marzo, hielten noch durchweg an dem Grundsatz fest: erwirbt der Gläubiger die geschuldete Sache ex alia causa — gleichviel ob ex lucrativa oder onerosa causa — so erlischt die Obligation; nur beim Damnationslegat werde seit Julian eine Ausnahme gemacht: der Erbe behält seine actio ex testamento gegen den Erben, wenn er den vermachten Gegenstand mittelst Aufwendungen aus seinem Vermögen erworben hat. Die nachklassische Rechtsentwicklung soll diese Sätze verändert, Justinian diese Veränderungen übernommen haben.[1] Die Lehre Di Marzos hat, soviel ich sehe, fast nirgends Zustimmung gefunden[2]; Perozzi lehnt sie ab[3], Bonfante berichtet zweifelnd über sie[4], Serafini erwähnt sie nur gerade[5]; P. Krüger hat in seine Digestenausgabe nur eine sparsame Auswahl der Interpolationsbehauptungen Di Marzos aufgenommen.[6] Auch ich halte die Aufstellungen Di Marzos für unhaltbar. Seine Studie hat ihre Verdienste, gibt mancherlei Aufklärungen und Anregungen, aber seine Grundthese und der weitaus größte Teil seiner Quellenexegesen, auf denen sie ruht, ist m. E. verfehlt. Eine erneute kritische Prüfung des Quellenmaterials ist demnach erforderlich. Im folgenden werden die Fragmente in drei Gruppen gesondert werden: Die Stellen der ersten Gruppe behandeln den Fall, daß der Gläubiger, dem ex causa onerosa eine Speziessache geschuldet wird, diese Sache ex alia causa — lucrativa oder onerosa — erwirbt (A). Die Stellen der zweiten Gruppe behandeln den weiteren Fall, daß der Gläubiger, dem ex causa lucrativa eine Speziessache geschuldet wird, diese Sache ex alia causa — lucrativa oder onerosa — erwirbt (B). Die dritte Gruppe beschäftigt sich mit dem Fall, daß

[1]) Siehe besonders Bull. 15, 125; 17, 120.

[2]) Kurz zustimmend Steiner, Datio in Solutum (1914) S. 67 N. 3.

[3]) Istituzioni 2 (1908) S. 340 N. 1.

[4]) Istituzioni (5. Aufl.) § 135 N. 1.

[5]) Istituzioni di diritto Romano, nova ed. cur. dal dott. Ercole Giammichele 2 (1914) S. 98 N. 3.

[6]) Überhaupt nicht erwähnt wird die Abhandlung bei Girard, Manuel (5. Aufl. 1911) S. 725; Sohm, Institutionen (14. Aufl. 1911) S. 601; Windscheid-Kipp § 343a; Dernburg-Sokolowski 2, 691.

der Gläubiger einer bedingten Speziesforderung pendente condicione die Sache ex alia causa erwirbt, oder daß der mit einem Speziesvermächtnis (Damnationslegat oder Fideikommiß) Bedachte vor dem dies cedens die vermachte Sache ex alia causa erwirbt. Es wird sich zeigen, daß in diesen Fällen der dritten Gruppe, aber auch nur in diesen, im klassischen Recht der Charakter der Causa — sowohl der Causa der Forderung, wie der Causa des Sacherwerbs — ohne Bedeutung war, und daß erst Justinian auch hier die Scheidung zwischen causa lucrativa und non lucrativa durchführte (C). Nach Erledigung der Quellenkritik sollen schließlich die Ergebnisse kurz zusammengefaßt werden (D).

A. Der Gläubiger, dem ex causa onerosa eine Speziessache geschuldet wird, erwirbt diese Sache ex alia causa.

I. Zum Ausgangspunkt wählen wir das einzige Fragment, das uns die Überlieferung außerhalb des Corpus Iuris für unsere Lehre bietet, nämlich die folgende, im Breviar enthaltene Stelle aus den sogenannten Sentenzen des Paulus:

Sent. (2, 17) 8.

Fundum alienum mihi vendidisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competet mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto.

Interpretatio: Si quis agrum alienum cuicumque vendiderit et postea hic ipse ager ab alio domino, cuius erat, emptori donatus sit, venditor emptori in redhibitione pretii quod accepit manebit obnoxius.

Der Käufer, der den gekauften Gegenstand von einem Dritten ex causa lucrativa erwirbt (der Interpretatio fällt nur die Schenkung ein), hat die actio empti auf Rückerstattung des bereits gezahlten Kaufpreises. Di Marzo hält diese Stelle für verfälscht[1]) und glaubt damit eine von der klassischen Lehre abweichende nachklassische Doktrin erwiesen zu haben; aber der Nachweis der Interpolation unsrer Stelle ist ganz und gar nicht geführt. Freilich sind auch meiner Meinung nach die Paulussentenzen keine verläß-

[1]) Bull. 15, 115.

liche Quelle für die Erkenntnis des klassischen Rechts. Immer mehr festigt sich vielmehr die Überzeugung, daß es sich hier gar nicht um ein Werk des Paulus handelt, sondern um ein nachklassisches Florileg aus den Schriften des Paulus.[1]) Aber auch wenn Paulus selbst ein Sentenzenwerk schrieb, so ist doch die uns bekannte Fassung, die auch den westgotischen und justinianischen Kompilatoren vorlag, bereits eine starke Überarbeitung des Paulinischen Textes; die Westgoten mögen ausnahmsweise nachgeholfen, auch beim Exzerpieren das ohnedies schon salopp gefaßte nachklassische Regelbuch noch unerfreulicher gestaltet haben. Ein allgemeines Mißtrauen einer solchen Quelle gegenüber ist gewiß nicht ungerechtfertigt, zum Nachweis einer nachklassischen sachlichen Veränderung aber ist natürlich mehr erforderlich, da die Quelle doch unzweifelhaft auch klassisches Recht enthält. Einen solchen Nachweis hat Di Marzo auch versucht, er ist aber m. E. mißglückt. Er verweist auf

D. (19, 1) 13, 14—16.[2])

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

14. Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege *emptionis* ⟨mancipationis⟩ dictum est[3]) in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, *ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purga-*

[1]) Schulz, diese Zeitschr. 32, 75ff. und Einführung in das Studium der Digesten (1916) S. 38ff.; Beseler, Beitr. 3, 6; Peters, Rhein. Zeitschr. f. Zivil- und Prozeßrecht 1916 S. 11; Ebrard, Die Digestenfragm. ad form. hyp. (Leipz. Diss. 1917) S. 24; siehe auch Kantorowicz, diese Zeitschr. 33, 461 N. 79.

[2]) Bei der Wiedergabe der lateinischen Texte sind die byzantinischen Stücke kursiv gedruckt, die von den Kompilatoren gestrichenen Worte in spitze Klammern eingeschlossen.

[3]) Schrieb Ulpian vielleicht 'dixerit'? Die Kompilatoren änderten möglicherweise deshalb, weil in ihrer Entscheidung nicht mehr auf ein dicere des Verkäufers abgestellt ist; 'dictum est' sollte vielleicht auch die Erklärung des Käufers mit umfassen, auf die hin der dolose Verkäufer geschwiegen hatte.

tur: si vero ignorans vendidit ex empto actionem non ⟨nihilo minus actionem de modo agri⟩ competere.

15. Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

16. In his autem quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.

Di Marzo[1]) hält auch hier die Worte 'ex causa lucrativa' für unecht, Ulpian soll statt dessen 'ex alia qua causa' geschrieben, die actio empti aber andererseits nur im Falle eines dolus des Verkäufers gegeben haben. Der Fall des § 15 sei verwandt mit dem des unmittelbar vorhergehenden Paragraphen: auch im § 14 werde der Mangel der Kaufsache nachträglich ohne Zutun des Verkäufers (durch alluvio) beseitigt, und der Verkäufer nur dann für haftbar erklärt, wenn er den Mangel beim Kaufabschluß kannte, quia dolo fecit nec dolus purgatur; analog liege es im § 15, und analog werde daher auch Ulpian entschieden haben: der Verkäufer, der in Kenntnis des Rechtsmangels die Sache verkauft hat, haftet mit der actio empti, auch wenn der Käufer ex alia causa — lucrativa oder onerosa — das Eigentum erworben hat, quia venditor dolo fecit nec dolus purgatur (scil. acquisitione dominii ex alia causa). Auf diesen Urtext weise auch noch der Anfang des folgenden § 16 hin: non solum dolum sed et culpam praestandam arbitror; also müsse vorher von einer Haftung lediglich für dolus die Rede gewesen sein. Wie dieser Ulpiantext, so sei auch die oben angeführte Stelle aus den Paulussentenzen entsprechend interpoliert. — Die Argumentation ist scharfsinnig und doch sicherlich falsch. Der § 14 ist, wie Fr. Haymann gezeigt hat[2]), schwer interpoliert.[3]) Die Indizien

[1]) Bull. 15, 114. [2]) Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache 1 (1912) S. 16ff.

[3]) Eine Interpolation nahm auch Di Marzo an (von Haymann nicht beachtet), er wollte 'si quidem — vendidit' und 'si vero — com-

sind: 1. Die spätlateinische Konstruktion 'existimare ut' ist ein schweres Verdachtsmoment.[1]) Ob ut mit dem Acc. c. I. Ulpian zuzutrauen ist, mag hier dahingestellt bleiben[2]), jedenfalls nicht der häßliche Wechsel, erst mit dem Konjunktiv, dann mit dem Acc. c. I. 2. 'quamvis — adcreverint' ist überflüssig, da bereits im Tatbestand gesagt. 3. Anstößig sind in der indirekten Rede die Indikative 'vendidit — fecit — purgatur — vendidit'. 4. Sachlich betrachtet geht die angebliche Nerazentscheidung davon aus, daß an sich die actio empti wegen fehlenden Ackermaßes ohne weiteres — auch ohne Dolus oder Garantieerklärung des Verkäufers — gegeben und nur gerade im vorliegenden Falle gegen den gutgläubigen Verkäufer ausgeschlossen sei, weil das fehlende Maß durch die Alluvio hinzugekommen ist. Aber diese Haftung mit der actio empti lediglich auf Grund der mangelhaften Beschaffenheit der Kaufsache ist nicht klassisch.[3]) — Was nun die Rekonstruktion des klassischen Textes angeht, so kann Ulpian-Neraz nicht — was an sich denkbar wäre — die actio empti wegen dolus des Verkäufers gegeben haben, denn dann hätten ja die Kompilatoren gar keinen Anlaß zu ihrer Interpolation gehabt. Dann bleibt aber nur noch die Annahme übrig, die von vornherein die Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß der Urtext von der actio de modo agri gehandelt hat. Diese Klage ist aus der Manzipation gegeben si quis de modo

---

petere' streichen. Aber Ulpian kann doch nicht die actio empti wegen dolus des Verkäufers gewährt haben, ohne im Tatbestand dessen Kenntnis des Mangels hervorgehoben zu haben. Auch bleibt bei Di Marzos Rekonstruktion das unmögliche 'existimare ut' stehen, von dem sachlichen Bedenken, das die Stelle bietet, ganz zu schweigen.

[1]) Stolz-Schmalz, Lateinische Grammatik (4. Aufl. 1912) S. 576: „Dieser Gebrauch von 'ut' ist erst im nachklassischen Latein aufgekommen und hat keine große Ausdehnung gewonnen."

[2]) Di Marzo und Haymann nehmen diese Konstruktion ohne weiteres als Interpolationsindiz; aber so einfach, wie sie denken, liegt die Sache nicht: siehe Kalb, Roms Juristen 31; Einar Löfstedt, Philologischer Kommentar zur Peregrinatio Aetheriae (1911) S. 250f.; Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius S. 65; Gradenwitz, Interpolationen 239.

[3]) Haymann 71ff. 107ff.; Partsch, diese Zeitschr. 33, 610f.; Rabel, Grundzüge (Holtzendorff-Kohler, Enzyklop. 1) S. 465.

mentiatur[1]), das heißt aber nichts weiter als: wegen objektiv unrichtiger Angaben des Verkäufers über das Ackermaß, besseres Wissen des Verkäufers ist durchaus nicht erforderlich.[2]) Aus dem objektiv unrichtigen dictum haftet der Verkäufer, nachträgliche Veränderungen der Kaufsache können ihm daher nicht zugute kommen, die actio de modo agri bleibt davon unberührt. Gerade für unsern Fall sagt das ausdrücklich

D. (18, 6) 7 pr.

Paulus libro quinto ad Sabinum.

Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet.

Auch dieses Fragment bezog sich ursprünglich nicht auf die actio empti, sondern, wie der § 1 zeigt[3]), auf die actio de modo agri: diese Klage, sagte Paulus, bleibt bestehen, auch wenn durch die alluvio das in mancipio erklärte Maß hergestellt wird, die alluvio bringt also auch hier dem Käufer ein commodum.[4]) Entsprechend entschied auch Ulpian in unserm § 14 und fuhr dann fort: „Ähnlich hat der Käufer die actio empti, obwohl er das Eigentum ex lucrativa causa von einem Dritten erlangt hat." Der überlieferte Text des § 15 paßt also vortrefflich zu der klassischen Gestalt des § 14, sogar viel besser, wie wenn im § 15

---

[1]) Paul. Sent. (2, 17) 4.

[2]) Pernice, Labeo 3, 1 S. 117; Haymann l. D. (19, 1) 2 pr.: Si in *emptione* ⟨mancipatione⟩ modus dictus est et non praestatur, *ex empto* ⟨in duplum⟩ est actio. Auch dieses Fragment muß ursprünglich von der actio de modo agri gehandelt haben; der überlieferte Text gibt eine actio empti auf Grund eines formlosen dictum, die dem klassischen Recht fremd ist; Haymann 15, 107 ff. — Auch bei der actio auctoritatis wird von einer Haftung des Verkäufers wegen 'mentiri' gesprochen, Pernice 116 N. 2; bekanntlich ist aber subjektive Unwahrheit nicht erforderlich: D. (21, 2) 39, 3: Qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, *evictionis* ⟨auctoritatis⟩ nomine tenetur (Lenel, Pal. 1, 464; Pernice 117. Vgl. auch Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 8 ff.).

[3]) § 1: Quod venditur, in modum agri cedere debet . . ., vgl. auch Lenel, Pal. 1, 1265.

[4]) So Haymann 15.

von einer actio empti gegen den dolosen Verkäufer die Rede wäre. Worauf sich im § 16 die Worte 'non solum dolum' beziehen, läßt sich freilich nicht mit Bestimmtheit sagen: vielleicht haben die Kompilatoren die bei Ulpian unserm § 16 voraufgehenden Ausführungen gestrichen; vielleicht schrieb aber auch Ulpian (nach Celsus) 'non solum culpam sed et diligentiam praestandam arbitror', denn in dem Falle, der nun im § 16 folgt, handelt es sich im Sinne der alten Terminologie um diligentia-, nicht um culpa-Praestation.[1])

Die Klassizität von Sent. (2, 17) 8 und Ulpian D. (19, 1) 13, 15 ergibt sich aber auch noch aus einer anderen Erwägung. Die Ulpianstelle ist für unser Sentenzenfragment nicht eine einfache Parallelstelle aus den Pandekten, beide Stellen stehen vielmehr in einem bedeutend engeren Verhältnis zueinander. Schon Pernice hat auf die starke Übereinstimmung von D. (19, 1) 13 und Sent. (2, 17) aufmerksam gemacht.[2])

D. (19, 1) 13	Sent. 2, 17
§ 4. Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.[3])	§ 6. Si, ut servum quis pluris venderet, de artificio eius vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisset, emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.[4])
§ 8. Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio	
§ 9. Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta	§ 7. Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit[5]) et fructus et

[1]) Siehe Mitteis, Röm. Privatr. 1, 322.

[2]) Ulpian als Schriftsteller (Sitzungsber. der Berlin. Akademie der Wiss. 1885) S. 483, S. 41 des Sonderdrucks.

[3]) Über die Interpolation des Schlußsatzes siehe Schulz, Einführung 118.

[4]) Über den Schlußsatz siehe Schulz a. a. O.

[5]) Mit den seltsamen Worten 'si pars pretii numerata sit' hat man bisher nichts Rechtes anzufangen gewußt. Den obigen Text weisen sämtliche Handschriften des Breviars auf, der Codex Vesontinus liest statt der kritischen Worte 'si pretium numeratum sit'. Was zunächst die

§ 10. Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.	operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent.
§ 13. Item si quid ex operis servorum . . . quaesitum est, emptori praestabitur . . .	
§ 15. Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.	§ 8. Fundum alienum mihi vendidisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competet mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto.
§ 20. Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. In primis pretium, quanti res venit. item usurae pretii post diem traditionis . . .	§ 9. Post rem traditam nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est.

Die Übereinstimmung ist so groß, daß sie nur auf folgende Weise erklärt werden kann: Der nachklassische Verfasser der Paulussentenzen fertigte dieses Stück der Sentenzen auf Grund des Paulinischen Ediktskommentars an; dieser aber wies mit dem Ulpianschen Ediktswerk große

---

Recensio anlangt, so ist dem Breviartext der Vorzug zu geben, gerade weil er auf den ersten Blick unerklärlich ist: es ist daher viel wahrscheinlicher, daß die Lesart des Vesontinus durch konjekturale Verbesserung des Breviartextes entstanden ist als umgekehrt (so auch Huschke in der Ausgabe von Seckel-Kübler). Es ist aber auch an der überlieferten Lesart nichts zu emendieren. Huschke, dem Seckel-Kübler folgen, wollte 'si — sit' in den § 8 hinter 'meus factus est' stellen, aber da gibt der Satz auch keinen Sinn (Di Marzo, Bull. 15, 115 N. 1; Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld, Roman. Beitr. zur Rechtsgesch. 1 S. 85 N. 1). P. Krüger will die Worte überhaupt streichen, erklärt aber nicht, wie sie in den Text kommen konnten. In Wahrheit erklärt sich der Text aus der Digestenstelle. Der Verfasser unseres Sentenzentextes fand in seiner Vorlage eine Erörterung, die unserer Digestenstelle entsprach; er glaubte, die Worte 'si pars sit pretii soluta' (Fr. 13, 9) bezögen sich auch auf die folgende Entscheidung und enthielten eine Bedingung auch für die Geltendmachung des Fruchtanspruchs. Der Verfasser wollte mit seinem Text nicht etwa sagen, daß dem Käufer nur die vom Moment der Preiszahlung an gezogenen Früchte gebühren sollten; aber der Anspruch auf die vom Kaufabschluß an gezogenen Früchte sollte nur geltend gemacht werden können, wenn wenigstens ein Teil des Preises gezahlt worden war. Vgl. auch Conrat, Der westgotische Paulus S. 174 N. 500 (Verhandelingen der Akademie van Wetenschapen te Amsterdam Afd. Letterkunde N. R. 8 1907).

Ähnlichkeit auf, entweder weil Ulpian den Paulus benutzte, oder aber, weil beide eine gemeinsame Quelle zugrunde legten.[1]) Sollte Paulus selbst ein Sentenzenwerk geschrieben haben, so war er es, der für dieses Stück der Sentenzen auf seinen eigenen Ediktskommentar oder direkt auf die Grundquelle zurückgriff, die er mit Ulpian gemeinsam hatte. In jedem Falle sind unsere Sentenzenparagraphen und die entsprechenden Paragraphen des Ulpianfragments Ausläufer derselben Grundquelle. Dann aber darf man sagen: soweit Sent. (2, 17) 8 und D. (19, 1) 13, 15 übereinstimmen, soweit ist die Klassizität der Texte gesichert. Wären die Texte nicht klassisch, so müßte man ja annehmen, daß zwei voneinander unabhängige Interpolatoren — ein Nachklassiker oder die Westgoten einerseits, die justinianischen Kompilatoren andererseits — zufällig diese beiden aus derselben Quelle stammenden Stücke gleichlautend interpoliert hätten. Eine solche Annahme wäre aber deshalb ganz besonders unwahrscheinlich, weil gar kein zwingender Anlaß zu der von Di Marzo behaupteten Interpolation vorlag. Wenn der klassische Text einfach von einer 'alia causa' statt von der 'lucrativa causa' sprach, so paßte das ja den justinianischen Kompilatoren geradezu trefflich zu ihrer Regel, daß nur beim Zusammentreffen zweier causae lucrativae die Obligation untergehe; für sie ist die Hervorhebung der causa lucrativa irreführend, denn für die causa non lucrativa müßte nach justinianischem Rechte dasselbe gelten, was ja auch im gemeinen Recht von der herrschenden Lehre angenommen wurde.[2])

Die Interpolationsbehauptungen Di Marzos erweisen sich demnach als grundlos. Mit dieser Erkenntnis bricht aber auch bereits die Hauptthese Di Marzos zusammen: es ist nicht richtig, daß der Empfang der geschuldeten Sache durch den Gläubiger grundsätzlich die Obligation vernichte und nur bei der Vermächtnisschuld eine Ausnahme gemacht werde; auch die actio empti ist, wie wir sahen, unter Um-

---

[1]) Für das letztere Pernice a. a. O.

[2]) Siehe unten S. 146.

ständen noch gegeben, nachdem der Käufer die Kaufsache erworben hat. Es ist aber auch weiter nicht richtig, daß die Klassiker in dieser Lehre den Ausdruck 'causa lucrativa' vermieden hätten.[1])

Die actio empti ist also beim lukrativen Erwerb der Kaufsache durch den Käufer gesichert, nicht ebenso freilich das Ziel dieser Klage. Denn in diesem Punkte stimmen die Sentenzen mit unserm Ulpianfragment nicht überein: die Sentenzen nennen die Rückzahlung des Kaufpreises, Ulpian äußert sich über das Klageziel überhaupt nicht. Bedenken gegen dieses Stück der Sentenzenstelle erweckt es einmal, daß in sämtlichen von den Herausgebern benutzten Breviarhandschriften das 'ad' vor 'pretium' fehlt; ferner, daß der Entscheidung ein Tatbestand vorausgeschickt wird, darin aber das wichtige Moment der Preiszahlung nicht erwähnt wird.[2]) Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß der überlieferte Text durch das Eindringen einer Randnote 'pretium reciperandum' entstanden ist; derSache nach entspricht aber, wie sich zeigen wird, auch dieser Zusatz durchaus dem klassischen Recht.

II. Außer dem eben besprochenen Fr. 13 § 15 D. 19, 1 besitzen wir noch fünf Pandektenstellen, die in ähnlicher Weise dem Käufer bei lukrativem Erwerb der Kaufsache die actio empti gewähren; vier davon sprechen allein von der actio empti, die fünfte erörtert das gleiche Problem auch für die Stipulation; von den vier ersten kann die eine erst im zweiten Abschnitt behandelt werden[3]), die drei übrigen sind hier zu besprechen. Für das klassische Recht scheidet ohne weiteres aus

---

[1]) Di Marzo, Bull. 15, 97 schreibt: Giustiniano usa più volte la voce 'lucrativus' und führt C. (1, 2) 22 pr., (7, 31) 1, 5, (7, 33) 11 an: aus Longos Vocabular ersieht man aber (Bull. 10, 298), daß dies die drei einzigen Stellen sind, womit natürlich der Hinweis alle Bedeutung verliert. Die sonstigen Ausführungen Di Marzos (S. 94—97), die den Terminus verdächtig machen sollen, sind nicht entscheidend.

[2]) Das hat Huschke und ihm folgend Seckel-Kübler zu der oben S. 122 N. 5 erwähnten Konjektur geführt, die aber doch nicht durchgreift.

[3]) D. (30) 84, 5 unten S. 170.

D. (21, 2) 9.

Paulus libro septuagesimo sexto ad edictum.

Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam *actionem pro evictione* ⟨auctoritatem⟩, quoniam servus non potest evinci: *sed in ex empto actione decurrendum est.*

Der entscheidende Schlußsatz ist längst als interpoliert erkannt[1]), wenn er auch sachlich durchaus dem klassischen Recht entspricht, wie es uns in D. (19, 1) 13, 15 entgegentrat. Dagegen weiß ich nichts Entscheidendes[2]) vorzubringen gegen

D. (21, 2) 41, 1.

Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium.

Item si domino servi heres extiterit emptor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. his igitur casibus ex empto agendum erit.

Sicher interpoliert ist wiederum

D. (19, 1) 29.

Iulianus libro quarto ex Minicio.

Cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.

Ob die Entscheidung dem Minicius oder Julian zuzu-

---

[1]) Pernice, Labeo 2, 1 S. 268 N. 2; Beseler, Beitr. 2, 93; Di Marzo, Bull. 15, 116. Vgl. auch Lenel, Pal. 1, 1094; Edictum 517; Rabel, Haftung 1, 77.

[2]) Die Echtheit der Stelle ist meines Wissens noch nicht bezweifelt worden. Aber pr. und § 2 wollen nicht recht zusammenstimmen, und der Schlußsatz des § 1 (his casibus) bezieht sich auch auf das pr. mit. Der § 2 gibt nämlich gegen den Bürgen eine Klage aus ihrem Eviktionsversprechen, während das pr. gegen den Hauptschuldner des Eviktionsversprechens, den Verkäufer, in demselben Falle die Klage versagt. Bemerkt, aber nicht erklärt ist der Widerspruch von P. Kretschmar, Theorie der Konfusion S. 143 N. 28: „Im Resultat, nicht in der Begründung stimmt mit dem § 2 das pr. überein, wo der Jurist ohne Not (!) auf die actio empti rekurriert.“ Aber irgend etwas müßte doch Paulus zu dieser seltsamen Behandlung der Sache veranlaßt haben!

schreiben ist, ist a priori ungewiß[1]); da aber Julian, wie wir sehen werden, sich mit diesen Problemen besonders nachdrücklich befaßt hat, so ist es allerdings wahrscheinlicher, daß er der Urheber ist.[2]) Das Fragment hat zahlreiche Konjekturen hervorgerufen[3]), zuletzt hat es Di Marzo für interpoliert erklärt[4]), ohne aber den klassischen Text richtig zu erraten. Fest steht zunächst, daß der Text, so wie er überliefert ist (die Handschriften weisen keinerlei Varianten auf), von Julian nicht geschrieben sein kann; die bisherigen Rettungen des Textes sind jedenfalls sämtlich mißglückt.[5]) Nicht bestreiten sollte man ferner, daß Julian von einem Vindikationslegat gesprochen haben muß.[6]) Auf ein Damnationslegat bezogen sind die Worte 'sub condicione' überflüssig, denn es ist nicht einzusehen, warum es beim unbedingten Legat anders sein sollte; auch verstünde man dann nicht, warum die actio empti, und nicht

---

[1]) Riccobono, Bull. 8, 263.

[2]) So auch Bremer, Iur. Antehad. 2, 2 S. 281 und 274.

[3]) Glück 17, 221; Arndts 331; Ferrini, Teoria 624, anders in der ital. Dig.-Ausg. ad h. l.; Krüger in seiner Dig.-Ausg.

[4]) Bull. 15, 116.

[5]) Glück 17, 221 interpretiert: „Dem Käufer muß das Kaufgeld zurückgegeben werden, weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte." „Das Wort 'habet'", bemerkt F. Mommsen, Beitr. 1, 261 N. 24 dazu, „würde dann den Sinn von 'haberet' haben". Diesen Sinn kann es aber nicht haben! (Unverständlich ist mir der Hinweis Hartmanns, Obligation S. 103 N. 9 auf D. 19, 1, 23, aus dem sich ergeben soll, daß man eine derartige inkorrekte Ausdrucksweise Julian zutrauen dürfe.) Auch ist nicht einzusehen, wie es Aufgabe der actio empti sein soll, dem Legatar zu seinem Vermächtnis zu verhelfen. Diese Auslegung ist daher auch allseits abgelehnt worden: Arndts 331; Salkowski 145 Note; Di Marzo, Bull. 15, 117. — Salkowski l. c., der gleichfalls an dem Text nichts ändern will, erklärt folgendermaßen: „Der Käufer habe die Sache ex causa emptionis; aber hätte er die Sache nicht gekauft, so würde er diese jetzt ex causa legati und den gezahlten Preis in seinem Vermögen haben. Durch den Kauf ist er also entschieden geschädigt, er hat ein Interesse daran, den Kauf nicht abgeschlossen zu haben." Dabei kommt aber die wunderliche Begründung heraus: der Käufer hat die actio empti, quia ex causa emptionis rem habet (non ex causa legati = ex causa emptionis). Richtig Di Marzo l. c.

[6]) Insoweit richtig Salkowski 145 Note; auch die Konjekturen Mommsens und Krügers sowie die Ferrinis, Teoria 625 bauen auf der Annahme eines Vindikationslegats.

vielmehr die actio ex testamento gewährt wird. Liegt aber ein Vindikationslegat vor, so fällt damit die von verschiedener Seite[1]) verteidigte Konjektur, statt 'actione ex empto' 'actione ex testamento' zu lesen, denn die Klage aus dem Vindikationslegat heißt nicht 'actio ex testamento'.[2]) Es bleibt dann m. E. nur noch eine Möglichkeit. Wenn jemand die einem Dritten per vindicationem bedingt vermachte Sache pendente condicione vom Erben kaufte und sich übereignen ließ, so wurde er zwar zunächst Eigentümer, da der Erbe pendente condicione noch Eigentümer war[3]); tritt nun aber die Bedingung ein, so verschwindet das Eigentum des Käufers, und der Dritte (der Vermächtnisnehmer) wird Eigentümer. Ist der Käufer selber der Legatar, so erwirbt auch er zunächst aus der Übereignungshandlung des Erben Eigentum ex causa emptionis; da aber der Erbe auch hier die Wirkungen des Vindikationslegats nicht vereiteln kann, so wird der Käufer mit dem Eintritt der Bedingung Eigentümer ex causa legati[4]), und er erhält daher, genau wie in den früher besprochenen Stellen, die actio empti auf Rückerstattung des Kaufpreises. Auf Grund dieser Erwägungen sind für unsern Text eine Reihe von Emendationsvorschlägen gemacht worden, die aber sämtlich nicht befriedigen[5]); der klassische Text muß gelautet haben:

---

[1]) F. Mommsen, Beitr. 1, 261 N. 24; Hartmann 103 N. 9; Ferrini in der ital. Dig.-Ausg. ad h. l.; Di Marzo, Bull. 15, 118.

[2]) Segrè, Studi Scialoja 1, 260.

[3]) Mitteis, Röm. Privatr. 1, 173; Rabel, Grundzüge 501f.; Wlassak, diese Zeitschr. 31, 276, 320.

[4]) Arndts 332.

[5]) A. Faber, Conj. 5, 14 wollte 'quia nunc' statt 'quia non' lesen: unbefriedigend, denn man sieht nicht, worauf sich 'nunc' beziehen soll, die wichtigen Worte 'existente condicione' fehlen im überlieferten Text. — Majans. Disp. VII § 12 schlug vor, zu lesen: 'quoniam ex causa legati (cuius condicio scilicet extitit) rem habet'; aber die eingeklammerten Worte, die Majansius 'hinzudenken' will, stehen eben nicht im Text und ohne sie entsteht eine erhebliche Ungenauigkeit. — Th. Mommsen verbesserte 'quia non' in 'quando'; aber der Klassiker würde 'si', nicht 'quando' geschrieben haben, da es sich doch um Bedingung, nicht um Befristung handelt, auch sollte 'habebit' statt 'habet' dastehen. — Ferrini, Teoria 625 vermutet eine Textverstümmelung durch Abirrung; er schlägt folgenden Text vor: 'quia non ex causa emptionis, si, con-

Cui res sub condicione legata erat ⟨per vindicationem⟩, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia ⟨existente condicione⟩ ex causa legati rem habet.

Warum die Kompilatoren änderten? Vielleicht nur deshalb, weil sie die Argumentation Julians nicht durchschauten, hat sie doch noch Salkowski mißverstanden; dieser schreibt[1]: „Der Legatar hat die ihm per vindicationem vermachte Sache vor dem Anfall des Vermächtnisses gekauft und ist mithin Eigentümer geworden. Das Legat ist also auch beim Eintritt der Bedingung hinfällig (!), da der Legatar schon das Eigentum hat. Daher hat er die Sache nicht ex causa legati, sondern ex causa emptionis." Salkowski hat offenbar unrecht. Wenn der mit einem Damnationslegat Bedachte vor Eintritt des dies cedens das Eigentum der vermachten Sache erwirbt, so wird damit allerdings das Vermächtnis gegenstandslos, sofern er nicht vor dem dies cedens die Sache wieder veräußert.[2]) Die Rechtsstellung des Käufers in unserm Falle ist aber eine ganz andere. Das Eigentum, das er durch die Verfügung des Erben ex causa emptionis erlangt hat, ist nur ein bedingtes, es hängt von der Vereitelung der dem Vermächtnis zugefügten Bedingung ab. Tritt die Bedingung ein, so verschwinden die Wirkungen der Verfügung des Erben, und es wird Raum für die Wirkung des Vindikationslegats.[3])

---

dicione existente, ex testamento egerit et rem acceperit, sed ex causa legati rem habet'. Wie die ital. Dig.-Ausg. zeigt, hat aber Ferrini selbst diese Konjektur wieder zurückgenommen. Da, wie oben im Text dargelegt, die Stelle von einem Vindikationslegat handelt, so sind in Ferrinis Rekonstruktion jedenfalls verfehlt die Worte 'si ex testamento egerit et rem acceperit'; P. Krüger hat sie denn auch in seinem, an Ferrini sich anschließenden Verbesserungsvorschlag gestrichen. Auch Krüger nimmt Abirrung an: 'quia non ex causa emptionis sed ex causa legati rem habet', aber auch dieser Text ist inkorrekt, denn ex causa legati hat der Käufer die Sache erst mit dem Eintritt der Bedingung, von diesem Eintritt wäre aber bei dieser Rekonstruktion im Text nicht gesprochen.

[1]) S. 145 Note.

[2]) Darüber unten S. 189 ff.

[3]) Mitteis, Röm. Privatr. 1, 174; Rabel, Grundz. 502.

Wahrscheinlich haben aber die Kompilatoren ebenso wie Salkowski gedacht und deshalb die Begründung Julians in ihr Gegenteil verkehrt: statt 'quia existente condicione ex causa legati rem habet' schrieben sie 'quia non ex causa legati rem habet'.[1])

III. Die vierte der oben[2]) erwähnten Pandektenstellen erörtert neben der Wirkung des lukrativen Erwerbs der Kaufsache durch den Käufer die Wirkung des lukrativen Erwerbs einer stipulationsweise geschuldeten Sache durch den Stipulationsgläubiger; sie hat für unsere Lehre eine ganz besondere Bedeutung. Es ist

D. (44, 7) 19.

Iulianus libro septuagensimo tertio digestorum.

Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo *creditor aut* emptor intellegitur, qui dotem petit. porro cum *creditor vel* emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus *integras actiones retinent* ⟨integram actionem retinet⟩, sicut ex contrario qui *non ex causa lucrativa* ⟨ex causa emptionis⟩ rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.

Noch Ferrini hielt diese Stelle für vollkommen echt[3]); Di Marzo hat sie mit Recht für interpoliert erklärt[4]).

---

[1]) In der im Text gegebenen Rekonstruktion der klassischen Fassung wünschte man vielleicht die Worte 'existente condicione' lieber am Anfang der Entscheidung, statt im Begründungssatz, damit klargestellt würde, daß die a. empti erst nach Eintritt der Bedingung erhoben werden kann. Wenn aber diese Worte vor 'actione' gestanden hätten, warum hätten sie dann die Kompilatoren streichen sollen? Gerade bei ihrer Fassung des Textes konnte doch von einer actio empti vor Eintritt der Bedingung keine Rede sein. Vielleicht wollte Julian mit dem Futur. 'poterit' auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung hinweisen. Möglich aber auch, daß Julian die actio schon pendente condicione gewähren wollte! Würde es sich in unserem Fall nicht um eine Kaufschuld, sondern um eine Dare-Obligation handeln, so hätte Julian, wie sich aus D. (30) 82 pr. ergibt, die Klage aus der Dare-Schuld schon pendente condicione gewährt (unten S. 155); es könnte sein, daß er in diesem Punkt die Kaufschuld entsprechend behandelte.

[2]) Oben S. 125.

[3]) Rend. 24, 339; Glück, Commentario § 1526b S. 135.

[4]) Bull. 15, 109.

stand aber ratlos vor der Frage, was denn wohl Julian geschrieben haben mochte. Die ganze Stelle ruht eben so fest auf der Unterscheidung der Erwerbscausae, daß, wer wie Di Marzo dieser Unterscheidung für unsere Lehre alle Bedeutung abspricht, notwendigerweise das ganze Fragment als Kompilatorenwerk ansehen muß. In Wahrheit lassen sich die Mängel des überlieferten Textes leicht beheben. Das einzig sachlich Anstößige ist nämlich, daß neben den 'emptor' noch der 'creditor' gestellt ist.[1]) 'Creditor' bezeichnet ja nicht nur den Gläubiger ex causa onerosa, sondern ebensogut den ex causa non lucrativa[2]); darum ist es unpassend, den 'creditor' ohne weiteres mit dem 'emptor' in Parallele zu setzen, ebenso unpassend ferner, den Gläubiger der Dotalstipulation nur als 'quodammodo creditor' zu bezeichnen. Eine solche Ausdrucksweise darf man freilich Julian nicht zutrauen. Unser Text enthält aber auch ein deutliches Anzeichen dafür, daß Julian den Gläubiger des Dotalversprechens nicht mit Käufer und 'creditor', sondern nur mit einem von ihnen verglichen hat: das verräterische 'coeperit' statt 'coeperint', während nachher richtig 'retinent' steht! Der Klassiker kann so nicht geschrieben haben; entweder man nimmt 'coeperit' als Schreibfehler, oder aber man erklärt die Zufügung des 'creditor' für Interpolation und nimmt an, daß die Kompilatoren vergessen haben, 'coeperit' zu berichtigen. Für die erste Alternative entschied sich Haloander im Anschluß an die jüngeren Vulgaten[3]); da nun aber, wie eben gezeigt, die Erwähnung des creditor sachlich bedenklich ist, während die Parallele mit dem Käufer auch sonst belegt ist[4]), so hat der Kritiker sich für die zweite Alternative zu entscheiden[5]): eine Interpolation ist in einem solchen

[1]) Darauf hat bereits Ferrini aufmerksam gemacht.

[2]) Vgl. Voc. Jur. Rom. 1, 1043.

[3]) Siehe Gebauer-Spangenberg zu der Stelle.

[4]) D. (20, 6) 8, 13, vgl. D. (17, 1) 47 pr.; Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht S. 59f.; Bechmann, Das röm. Dotalrecht 1, 202; Windscheid, Pand. 3 § 492 N. 3, siehe auch 2 § 343a N. 8.

[5]) Über das methodische Prinzip siehe Schulz, Einführung 15. In der griechischen Übersetzung Bas. (52, 1) 18, Heimb. 5, 106 ist der

Fall wahrscheinlicher als ein Abschreiberversehen. Die Kompilatoren erinnerten sich wohl der klassischen Erörterungen, in denen die Leistung der dos an den Ehemann mit der Zahlung an einen creditor verglichen wird.[1]) Im Zusammenhang mit dieser Interpolation schrieben sie wohl auch am Schluß 'qui ex causa lucrativa' statt 'qui ex causa emptionis': die überlieferte Fassung bringt, wenn vorher nur vom 'emptor' die Rede war, nicht das korrekte contrarium; sie paßt auf der andern Seite, wenn mit der Formel 'non ex lucrativa causa' die beiden vorher genannten Fälle (creditor vel emptor) zusammenfassend bezeichnet werden sollten.

Damit sind m. E. alle Mängel des Textes behoben; wir gewinnen demnach aus ihm für das klassische Recht folgende Sätze: 1. Übereinstimmend mit den bereits besprochenen Stellen erhält der Käufer die actio empti, wenn er ex lucrativa causa die Kaufsache von einem Dritten erwirbt. 2. Wie der Käufer wird auch der Stipulationsgläubiger behandelt, der sein Forderungsrecht ex onerosa causa hat; die Klassiker scheiden also in dieser Frage nicht zwischen iudicia bonae fidei und stricti iuris.[2]) 3. Das Ziel der Stipulationsklage, die dem Gläubiger bei anderweitem lukrativem Erwerb der Sache gewährt wird, ist die versprochene Sache selbst bzw. das Interesse; ein anderes Ziel, etwa die Rückgabe der vom Gläubiger seinerseits bereits gemachten Leistung, ist gerade in dem gewählten Beispiel der Dotalstipulation von vornherein ausgeschlossen, da hier die Gegenleistung des Gläubigers (die onera matrimonii) gar nicht zum Stipulationsschuldner gewandert ist. Alsdann

---

kleine grammatische Fehler freilich verschwunden, daraus folgt aber nicht, daß er auch in dem zugrunde liegenden lateinischen Text nicht vorhanden war; derartige kleine Inkorrektheiten mußten in der Übersetzung beinahe notwendig verschwinden: Schulz, Einf. S. 7.

[1]) Vgl. D. (42, 8) 25, 1: in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit. Ähnlich D. (12, 4) 9, 1; (42, 1) 41 pr.; (44, 4) 5, 5.

[2]) Wie Ferrini, Rend. 24, 340; Glück, Commentario § 1526b S. 135 irrtümlich glaubte; richtig schon Pernice, Labeo 2, 1 (2. Aufl.) S. 268.

muß aber auch das Ziel der actio empti auf das Interesse gerichtet gewesen sein. Ich schließe dies nicht allein aus den Worten 'integram actionem retinet', die man zur Not auch nur auf die formelle Zuständigkeit der Klage, nicht auf ihren materiellen Inhalt beziehen könnte[1]), sondern vor allem aus der Parallele, die Julian zwischen der Kaufklage und der Klage aus der Dotalstipulation zieht: „wie der Käufer", sagt Julian, „die actio empti auf das Interesse noch hat, nachdem er die Sache von dritter Seite ex lucrativa causa erworben hat, ebenso behält der Ehemann die Klage aus dem Dotalversprechen auf das Interesse, nachdem er die versprochenen Sachen von einem Dritten lukrativ erworben hat". Zu demselben Ergebnis führt der Vergleich Julians zwischen der actio empti und der Klage z. B. des Vermächtnisnehmers, der die vermachte Sache von einem Dritten käuflich erworben hat: sicut ex contrario qui ex causa emptionis rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.[2]) Diese beiden Parallelen wären schief und irreführend, wenn die hier erwähnte actio empti nicht den Charakter einer Interessenklage, sondern einer Kondiktion hätte[3]): die Klage

---

[1]) Da ganz streng genommen die actio empti, materiell betrachtet, nicht mehr integra ist, weil die Tradition nicht mehr verlangt werden kann; vgl. Rabel, Haftung 1, 79 N. 3.

[2]) Das heißt doch ganz klar: Käufer kann (der Sache nach, nicht formelmäßig) rem petere wie der Vermächtnisnehmer, nämlich auf das Interesse klagen.

[3]) Die Kondiktionsnatur ist vielfach behauptet worden: F. Mommsen, Beitr. 1, 260; Hartmann 104, 112 N. 24; Kohler, Ges. Abhandl. 250; Hellmann 394; Last 86. Den Vertretern dieser Auffassung war natürlich unser Fr. 19 sehr im Wege; sie haben denn auch Julian Vorwürfe gemacht, daß er die beiden Parallelen überhaupt gezogen habe; er hätte zu seiner Entscheidung über die Dotalstipulation auch auf anderm Wege kommen können: F. Mommsen, Beitr. 1, 262 Note; 3, 415; Hartmann 112. Dagegen schon richtig Salkowski 132; Windscheid, Pand. 2 § 343a N. 8; Ferrini, Rend. 24, 340; Glück, Commentario § 1526b S. 135. Einen vergeblichen Versuch, die kondiktionsartige actio empti mit unserem Fr. 19 zu vereinigen, macht Hellmann 402; er argumentiert: der Käufer hat die actio empti auf das, was ihm trotz des lukrativen Erwerbs aus seinem Vermögen abgeht, d. h. auf den Kaufpreis. Entsprechend könne der Ehemann den Wert der versprochenen Sachen fordern, von dem ja anzunehmen ist, daß er sein Äquivalent

aus dem Dotalversprechen wie die Vermächtnisklage sind doch sicher keine kondiktionsartigen Klagen. Die actio empti geht also auf das Interesse[1]), und das stimmt überein mit denjenigen der früher besprochenen Stellen, in denen das Ziel der Klage überhaupt nicht genannt wird[2]); denn wenn die actio empti schlechthin gegeben und über ihren Inhalt nichts Besonderes gesagt wird, so ist eben der normale Inhalt, nämlich das Interesse gemeint. Dagegen scheint man damit in Widerspruch zu geraten zu jenen beiden Stellen[3]), die als Klageziel die Rückerstattung des Kaufpreises angeben; hier scheint doch an eine condictio im Gewande der actio empti gedacht zu sein. In der Tat ist aber ein Widerspruch überhaupt nicht vorhanden. Wir sehen an einer andern Stelle, die erst später besprochen werden kann[4]), daß Julian den Käufer, der ex causa lucrativa die Sache erwarb, mit dem evinzierten Käufer verglich[5]): ex empto pretium reciperabit quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset. Die actio empti wegen wirklicher Eviktion geht nun jedenfalls zur Zeit Julians sicherlich auf das Interesse[6]), aber bei der Bemessung dieses Interesses gehen die Klassiker vom Kaufpreis aus[7]), der als der Normalansatz des Interesses erscheint, der dann aber freilich durch Zuschläge und Abstriche verändert wird.[8]) Indes die typischen Zuschläge im Eviktionsrecht, wegen Aufwendungen auf die evinzierte Sache, wegen der Kosten

---

in der Bestreitung der Ehelasten findet; denn dieser Wert creditori abest. Aber die Parallelerscheinung zu der Stipulationsklage des Ehemanns auf den Sachwert ist offensichtlich die actio empti auf den Sachwert; denn wenn der Ehemann den Wert der versprochenen Sache nicht hat, weil er das Äquivalent dafür, die Ehelasten, zu tragen hat, so hat auch der Käufer den Wert der Sache nicht, weil er das Äquivalent dafür an den Verkäufer gezahlt hat.

[1]) Übereinstimmend im Ergebnis Eck 33; Salkowski 130ff.; Rabel, Haftung 1, 80.

[2]) D. (19, 1) 13, 15 (oben S. 118); D. (21, 2) 9 und 41, 1 (oben S. 126).

[3]) Paul. Sent. (2, 17) 8 (oben S. 117); D. (19, 1) 29 (oben S. 126). Dazu kommt noch D. (30) 84, 5, auf das, wie schon oben S. 125 N. 3 gesagt, im zweiten Abschnitt (unten S. 170) eingegangen werden wird.

[4]) D. (30) 84, 5 unten S. 170.

[5]) Dazu Rabel, Haftung 1, 79 N. 1.

[6]) Vgl. D. (19, 1) 11, 18.

[7]) Rabel, Haftung 1, 142.

[8]) Rabel 145ff.

des Eviktionsprozesses und wegen des Schadens, der durch die Entziehung der Sache entstanden ist, können in unserm Falle, wo dem Käufer die Sache ja gar nicht entzogen wird, überhaupt nicht in Frage kommen. Abstriche vom Kaufpreis wegen Wertverringerung der verkauften Sache werden auch im Eviktionsrecht nur zögernd vorgenommen; unsere Belege gehen über die Severerzeit nicht zurück.[1]) Die Frage schließlich, wie es zu halten sei, wenn der Kaufpreis erheblich hinter dem Sachwert zurückblieb, ob nämlich hier der Käufer kraft seiner Interessenforderung nicht nur Rückzahlung des Kaufpreises, sondern auch Leistung des Mehrwertes fordern durfte — diese Frage wird von den Klassikern weder bei der Eviktionshaftung, noch in unserm Falle auch nur aufgeworfen: wie auch sonst[2]) wird Kaufpreis und Sachwert einfach als übereinstimmend vorausgesetzt.[3]) Bedenkt man das alles, so kann es nicht mehr auffallen, daß die actio empti des Käufers, der ex causa lucrativa erworben hat, bald als Interessenklage, bald als Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises charakterisiert wird; der Kaufpreis ist eben nach der Ansicht der Klassiker das Maß des Interesses, das in diesem besonderen Fall in Betracht kommt. Bei der Stipulation spielen die genannten Erwägungen keine Rolle. Wird die stipulationsweise geschuldete Sache dem Gläubiger evinziert, so klagt er auf 'rem dare oportere', d. h. auf das Interesse; als Normalansatz dieses Interesses nahm man hier aber den Sachwert, nicht etwa die Gegenleistung, die der Gläubiger dem Stipulationsschuldner gemacht hat.[4])

---

[1]) Rabel 151, 153. Ich glaube darum auch nicht, daß die Berechnung, die Eck 33 und ihm folgend Rabel 80 aufstellt, dem tatsächlichen klassischen Rechtszustande entspricht. Eck meint, das Interesse des Käufers bestehe hier in demjenigen, was der Eigentümer als solcher dem Käufer hätte abfordern können, d. h. in dem Werte der Sache, wie sie gegenwärtig beschaffen ist, etwa mit Abzug der Impensen, welche der klagende Eigentümer dem Käufer hätte vergüten müssen. Aber für derartige Abstriche vom Kaufpreis (den die Klassiker dem Sachwert gleichsetzen) haben wir keine Belege und sie sind auch nach den Ausführungen Rabels S. 151, 153 unwahrscheinlich, wenn sie sich auch freilich dogmatisch aus der klassischen Grundauffassung ergeben.

[2]) Windscheid, Pand. 2 § 394 N. 1.

[3]) Eck 33; Rabel, Haftung 1, 80. [4]) Rabel 126.

Entsprechend verfuhr man, wenn der Stipulationsgläubiger ex lucrativa causa die geschuldete Sache erwarb, wie unsere Stelle gerade durch das Beispiel der Dotalstipulation unzweideutig zeigt.[1])

Das Fr. 19 ist leider das einzige, das unser Problem für die Stipulation erörtert; nichts zu entnehmen ist m. E. aus

D. (44, 7) 18.

Iulianus libro quinquagensimo quarto digestorum.

Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.

Die Stipulationsschuld stammt ex causa onerosa[2]);

---

[1]) Salkowski 130. Wer in der actio empti auf den Kaufpreis eine kondiktionenartige Klage sah (oben S. 133 N. 3), mußte natürlich auch die Stipulationsklage nur auf die vom Gläubiger an den Schuldner gemachte Leistung gewähren, geriet damit aber in unversöhnlichen Widerspruch mit der Entscheidung unseres Fr. 19 über die Dotalstipulation. Hellmann 402 argumentiert freilich auch hier (siehe oben S. 133 N. 3): die Klage aus der Stipulation geht auf Leistung dessen, was dem Stipulator trotz des lukrativen Erwerbs aus seinem Vermögen abgeht; entsprechend kann der Ehemann aus der Dotalstipulation den Wert der versprochenen Sache fordern, von dem ja anzunehmen ist, daß er sein Äquivalent in der Bestreitung der Ehelasten findet; denn dieser Wert creditori abest. Diese Argumentation ist offensichtlich verkehrt. Wenn der Ehemann sagen darf, daß der Wert der stipulierten Sache sibi abesse, weil er das Äquivalent zu leisten habe, so muß auch sonst der Stipulationsgläubiger sagen dürfen, daß der Wert der versprochenen Sache ihm abgehe, weil er das Äquivalent, z. B. den Preis, an den Stipulationsschuldner gezahlt habe; damit kommt man aber eben zu einer Stipulationsklage auf das Interesse, nicht auf Rückgabe der Gegenleistung.

[2]) So schon richtig Gl. si is qui stipulatus fuerat ad h. l., Cuiacius, in lib. 54 dig. Jul. Op. (Neap. 1722) 6, 370. Hartmann 75 N. 7 nennt das ein willkürliches Hineintragen in die von Julian vorausgesetzte Stipulation; es war aber umgekehrt willkürlich, die causa der Stipulation einfach als lukrativ anzunehmen, wie die herrschende Lehre tat; die Stellung des Fragments im Digestentitel zwischen Fr. 17 und 19, die man für diese Auslegung verwertete (Sell 39f.) ist natürlich ohne Bedeutung, wenn es sich darum handelt, den klassischen Sinn zu ermitteln.

denn wenn die causa lukrativ ist, so heben die Klassiker dies als Ausnahmefall besonders hervor. Nach dem aus Fr. 19 entnommenen Prinzip Julians würde allerdings die Leistung des Stichus aus der causa lucrativa des Legats die Stipulationsklage unberührt lassen, ebenso wie umgekehrt durch die Leistung aus der Stipulation die Vermächtnisschuld nicht getilgt würde. Aber Julian erörtert diese Frage hier nicht, er spricht allein von derKonsumption und stellt fest, daß die Litis Contestatio wegen der einen Klage die andere unberührt lasse; wie die Solution auf Grund der einen causa wirkt, darüber ist aus der Stelle nichts zu entnehmen.[1])

IV. Wie wir sahen, hat der Käufer die actio empti auf Rückzahlung des Kaufpreises, wenn er das Eigentum an der Kaufsache durch Beerbung des wahren Eigentümers erwirbt, denn das ist ein Fall des Erwerbs ex causa lucrativa. Nach der unbestritten herrschenden Lehre tritt die gleiche Rechtsfolge ein, wenn umgekehrt der Eigentümer der gekauften Sache den Käufer beerbt.[2]) Es kann sein, daß dieser Satz auch dem klassischen Recht entspricht, aber einen sicheren Beleg dafür besitzen wir nicht, denn die einzige Stelle, auf die man sich beruft, ist stark interpoliert.

D. (17, 1) 49.

Marcellus libro sexto digestorum.

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse: vel contra ego vendidi illius mandatu, *cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset:* de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. et puto Titium, *quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati*

---

[1]) So übereinstimmend Sell 43; Arndts 303; Hartmann 75. A. M. ist freilich Mitteis, Individualisierung 15, der aus der Stelle herauslesen will, daß auch die Leistung auf Grund der einen causa das Forderungsrecht aus der andern nicht zum Erlöschen bringt; aber seine Begründung ist nicht überzeugend.

[2]) Eck 32; Rabel, Haftung 78 N. 6; Windscheid, Pand. 2 § 389 N. 6.

eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem.

Die Stelle bot der Auslegung von jeher Schwierigkeiten; im 19. Jahrhundert hat sie einen lebhaften Schriftwechsel zwischen Jhering und Scheuerl und daran anknüpfend eine eigene kleine Sonderliteratur hervorgerufen.[1]) Dem heutigen Betrachter kann die heillose Zerrüttung des Textes nicht zweifelhaft sein. Indizien einer gründlichen Umarbeitung des klassischen Textes sind: 1. 'ab eo vindicare': im vorhergehenden Satze ist 'Titius' das Subjekt, auf den ersten Blick muß man glauben, daß 'eo' sich auf ihn bezieht, statt wie gemeint, auf den emptor.[2]) Man hat denn auch 'emptore' statt 'eo' lesen wollen.[3]) 2. 'contra mandator': die Bezeichnung ist ungenau, denn im vorhergehenden sind zwei Fälle genannt, und in beiden gibt es einen mandator; aus dem 'contra' ist durchaus nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß jetzt auf den zweiten Fall übergegangen wird. Außerdem wird die bisherige Darstellungsart aufgegeben: der mandator ist Titius, warum wird er nicht genannt, wo doch durch die Hinzufügung des Namens sofort klar würde, daß der zweite der beiden Fälle gemeint sei?[4]) 3. Auffällig ist, daß am Eingang ausdrücklich ein Sklave als Stipulationsgegenstand genannt wird, und dann doch im allgemeinen von einer res ge-

---

[1]) Ältere Literatur bei Schulting-Smallenburg, Notae ad Dig. 3 (1820) S. 357. Die neueren Arbeiten siehe bei Windscheid. Pand. 1 § 172 N. 10; H. Zeller, L. 49 D. mandati, Götting. Diss. 1899; Riezler, Venire contra factum proprium (1912) S. 23.

[2]) So schon richtig Amann, Über den Begriff des procurator und des mandatarius nach röm. Recht (1879) S. 30, der in dieser — in der Hauptsache freilich verfehlten — Schrift den ganzen zweiten Fall unseres Fragments nebst Entscheidung als unecht (nämlich als Glossem) nachzuweisen sucht.

[3]) Siehe Schulting-Smallenburg l. c.; Vangerow, Pand. 1 (7. Aufl.) § 311 Anm. 3; Brinz, Arch. f. Ziv. Prax. 63 (1880) S. 361; Tewes, Grünhuts Zeitschr. 10, 75.

[4]) Richtig Amann l. c.; verfehlt gegen ihn Brinz l. c. 362.

sprochen wird.[1]) 4. 'neque vindicationem ei concedendam.' Wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß Titius Eigentümer geblieben ist, muß man diese Worte dahin verstehen: der Prätor denegiert auf Grund der ihm vorgetragenen (materiellen) exceptio rei venditae et traditae die rei vindicatio[2]); man muß sich aber dann fragen, warum denn im zweiten Falle nicht auch auf die Klagendenegation, sondern auf die formelle exceptio verwiesen wird. Nimmt man umgekehrt an, daß Titius sein Eigentum verloren habe, so sieht man wiederum nicht ein, warum er es im zweiten Falle behalten soll.[3]) 5. 'quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori': das 'quamvis' ist ganz unverständlich. Der procurator ist indirekter Stellvertreter und wird daher selbstverständlich durch den von ihm geschlossenen Kaufvertrag verpflichtet; wie in der Prokuratorstellung ein Moment enthalten sein soll, demzufolge diese Verpflichtung bedenklich erscheinen und das 'quamvis' rechtfertigen könnte, ist nicht abzusehen. Gerade weil er wie ein procurator handelt, wird er aus dem Kauf verpflichtet.[4]) 6. 'vindicationem ei concedendam et idcirco mandati eum non teneri.' Auch dieser Schluß ist seltsam. Daraus, daß der Beauftragte seine Sache definitiv verliert, folgt mitnichten, daß er nicht den erhaltenen Kaufpreis an seinen

---

[1]) Bereits bemerkt von Huschke, Arch. f. Ziv. Prax. 62 (1879) S. 339 N. 15 und Tewes l. c. 78; aber der erstere übertüncht das Auffällige mit einer nichtssagenden Erklärung; Tewes glaubt, daß Marcell überall 'res' geschrieben, und die Kompilatoren erst am Anfang den 'servus' eingesetzt haben, um außer Zweifel zu stellen, daß die Entscheidung auch für res mancipi Platz greifen sollte (!).

[2]) Brinz l. c. 338.

[3]) Huschke 341, 344, nach dessen Ansicht Titius im ersten Falle das Eigentum verliert, hat für die verschiedene Behandlung eine Begründung zu geben gesucht; sie ist spitzfindig-scholastisch und in keiner Weise überzeugend ausgefallen. Gegen ihn mit Recht Brinz 335.

[4]) Bemerkt hat dies bereits Huschke 338, freilich nur, um das Auffällige sofort wieder durch eine unmögliche Erklärung zu vertuschen: 'obstrictus emptori' soll nur auf die dingliche Seite des Verkaufs und der Tradition gehen und die Aussage enthalten, daß Titius sein Eigentum verloren habe, weil er an den dinglichen Vertrag gebunden sei (S. 339). Aber diese Bedeutung von 'obstrictus est' wäre ganz singulär: siehe Heumann-Seckel v. obstringere; gegen Huschke auch Brinz 335.

Mandanten zu zahlen braucht, natürlich hat er aber die Gegenklage auf Ersatz seiner Aufwendungen, wozu in diesem Falle auch der Wert der verkauften Sache gehört. Wie falsch die Ideenverknüpfung ist, sieht man daraus, daß man beim Lesen der Phrase unwillkürlich folgendermaßen schließt: weil Titius nicht vindizieren darf, haftet er auch nicht mit der actio mandati; könnte er also vindizieren, so würde er auch seinem Mandanten haften. Dieser Schluß ist aber falsch: könnte Titius vindizieren, so dürfte er seinem Mandanten wegen des Kaufpreises erst recht nicht haften, da er dem Käufer doch den Kaufpreis zurückgeben müßte. 7. Wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß Titius in beiden Fällen Eigentümer bleibt, so sieht man im ersten Fall nicht ein, warum der Irrtum allein die dingliche Wirkung der Tradition, nicht auch die obligatorische des Kaufvertrags beeinträchtigt[1]); ebenso warum im zweiten Fall Titius zwar Eigentümer bleibt, der Käufer ihm aber entgegenhalten darf 'si non auctor meus ex voluntate tua vendidit', und Titius nicht erwidern darf, daß seine voluntas auf einem Irrtum beruhte. Ein vernünftiger Grund für diese verschiedene Behandlung läßt sich nicht finden. 8. Die Worte 'iure hereditario' sind ganz überflüssig.[2]) 9. Der Tatbestand des zweiten Falles ist mit einer unerhörten Unklarheit angegeben, die Worte 'cum forte — emisset' sind der Stein des Anstoßes. Die Gemein-

---

[1]) Der Rechtfertigungsversuch Zitelmanns (Irrtum und Rechtsgeschäft 1879, S. 544) ist m. E. mißlungen. Richtig Riezler, Venire contra factum proprium S. 24: „Der Irrtum über die rechtliche Zuständigkeit des Objektes, der beim Traditionsgeschäft den Eigentumsübergang hindert, liegt nun allerdings schon beim Kausalgeschäft vor, und warum er bei diesem nun völlig unbeachtlich sein soll, so daß der Irrende aus seinem Kausalgeschäft sich die exc. rei venditae entgegenhalten lassen muß, ist aus rein rationalistischen Erwägungen kaum zu rechtfertigen." Unrichtig ist es aber, wenn Riezler fortfährt: „Tatsächlich ist es aber auch sonst der Standpunkt der Quellen, daß der error in dominio auf die bindende Kraft des Kausalgeschäftes keinen Einfluß hat." Sonstiges Quellenmaterial besitzen wir für diese Frage m. W. nicht, auch Vangerow, Pand. 3 § 604 S. 270, auf den Riezler verweist, ergibt nichts (die dort unter d angeführten Stellen sind für unsere Frage natürlich nicht beweisend).

[2]) Amann 31; Brinz 362.

rechtler haben mit dem größten Scharfsinn versucht, diesen Tatbestand klarzustellen, aber alle Bemühungen sind vergeblich geblieben: entweder man mußte den Text durch willkürliche Konjekturen ändern, oder aber dem Marcellus ungeheuerliche Ellipsen und eine geradezu bakisartige Dunkelheit zutrauen.[1])

Nach alledem kann an der starken Überarbeitung unseres Fragments kein Zweifel sein. Eine wörtliche Rekonstruktion des klassischen Textes ist nicht möglich, wohl aber läßt sich der Hauptinhalt erraten. Der Tatbestand des Marcellus war sehr einfach: Titius ist Eigentümer, ohne es zu wissen, A (= ego) gutgläubiger Besitzer; 1. Fall: Titius verkauft auf Grund eines Mandats des A; 2. Fall: A verkauft auf Grund eines Mandats des Titius. Wie entschied nun Marcellus diese Fälle? Die Klassiker waren untereinander nicht einig. Julian erklärte den Irrtum über das Eigentum für unerheblich. Wenn ein Kassensklave, der von seinem Herrn zum Erben eingesetzt war, nach dem Tode des Herrn Gelder als Darlehn gab, ohne von diesem Tode zu wissen, so veräußerte er in dem irrigen Glauben, fremdes Eigentum zu veräußern; African erklärt diese Veräußerung trotzdem für gültig.[2]) Und Julian selbst entscheidet[3]):

---

[1]) Ein ausführlicher Bericht über diese Versuche würde zu weit führen und ist auch überflüssig. Wir Heutigen verstehen kaum noch, wie derartige Auslegungen aufgestellt werden und auch noch Beifall finden konnten. Zur Probe, was man den Klassikern zutraute, lese man nur Jhering, Jherings J. 2, 158ff., 175, 178; Eck, Verpflichtung des Verkäufers 32 N. 3; H. Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli (1892) S. 55; Tewes, Grünhuts Zeitschr. 10, 79; Huschke 337 (dazu Brinz 352f.); Brinz 365f. Siehe auch den Bericht Zellers l. c. S. 9ff.

[2]) D. (12, 1) 41: . . . quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit, alienatas esse. Die dogmatischen Ausleger haben mit der Stelle, die den gleich zu erwähnenden Äußerungen Ulpians und Paulus' widersprach, nichts Rechtes anzufangen gewußt, auch den Zusammenhang mit D. (40, 2) 4, 1 nicht beachtet; siehe Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 536f.; Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867) S. 282 Nr. 93; Leonhard, Irrtum (2. Aufl., Leonhards Studien zur Erläut. des Bürg. R., Heft 23, 1907) S. 109.

[3]) D. (40 2) 4, 1. Zitelmann hat den Zusammenhang dieser beiden Stellen übersehen; damit erledigt sich auch seine Auslegung des

Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit.

Diese Lehre Julians behauptete sich aber nicht, denn Ulpian und Paulus sind nachweislich anderer Ansicht:

D. (41, 1) 35.

Ulpianus libro septimo disputationum.

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.[1])

Fr. 4 (S. 543) die mit der eigenen Begründung Julians nicht im Einklang steht. Auch Leonhard 114 verkennt die Sonderlehre Julians. — Gar nicht hierher gehört die Julianentscheidung, von der wir in D. (40, 9) 15, 1 und (40, 2) 4 pr. (beide Stellen sind interpoliert: Lenel, Pal. 1, 430, Mitteis, diese Ztchr. 21, 202ff., Krüger, Dig.-Ausg.) lesen. In Fr. 15 berichtet Paulus: Iulianus ait, si postea, quam filio permisit pater manumittere, filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta, non fieri eum liberum. sed et si vivit pater et voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse. Die Freilassung ist nichtig, weil sie nicht mehr vom Willen des Dominus getragen ist; von error in dominio ist keine Rede, sagt doch Paulus kein Wort davon, daß der Sohn den Vater beerbt hat. In der Originalentscheidung Julians in Fr. 4 heißt es freilich im Tatbestand: Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato. Aber daß der Sohn Alleinerbe war, ist auch hier nicht gesagt. Ist er aber nur pro parte Erbe, so kann er zwar über seine Quote verfügen, darüber hinaus aber nur mit Zustimmung der Miteigentümer; die Verfügung über die eigene Quote würde Julian nach D. (12, 1) 41 sicherlich trotz eines error in dominio für gültig erachtet haben: eine partielle Freilassung aber gibt es nicht, darum ist der ganze Akt nichtig. Das Wort 'intestato' ist also überflüssig und ungenau und dürfte, da es bei Paulus fehlt, unecht sein. Unzutreffende Behandlung der Stellen bei Zitelmann, Irrtum 537. Auch nach Leonhard 110f. gehören diese Stellen nicht in die Lehre vom error in dominio, aber auch seine Ausführungen sind im übrigen unzutreffend: 1. er übersieht die Interpolationen; 2. er erkennt nicht, daß es sich in beiden Fragmenten um dieselbe Entscheidung Julians handelt; 3. seine Erklärung des Fr. 15 aus den Förmlichkeiten des Scheinprozesses ist verfehlt, weil 'vindicta' unecht ist; der Schluß des Fr. 15 zeigt auch unzweideutig, daß Julian die Freilassung für wirkungslos erachtete, weil sie nicht von dem Willen des Dominus gedeckt ist.

[1]) Die ältere Auslegung, wonach die Stelle von einer Verwechselung

D. (18, 1) 15, 2.

Paulus libro quinto ad Sabinum.

Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire,

---

bei der Tradition handeln soll, war willkürlich und verfehlt: richtig Zitelmann 536 N. 501. — Wie man das Gegenteil des in Fr. 35 Gesagten (also Eigentumsverlust trotz error in dominio) aus Ulp. D. (19, 1) 11, 2 hat herauslesen können (so Brinz 347; Tewes 76; H. Krüger, Exc. Doli 55 N. 70), ist schier unverständlich; Ulpian denkt bei seiner unschuldigen Einleitungsbemerkung über die actio empti (Lenel, Pal. 2, 629) natürlich an den Sonderfall des error in dominio überhaupt nicht; sehr richtig Riezler 23 N. 17. — Dagegen widerspricht unserem Fr. 35 in der Tat die folgende Äußerung Ulpians: D. (12, 4) 3, 8: Subtilius quoque illud tractat (scil. Celsus), an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. et puto, si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos. quid ergo, si hic non heredi, sed alii dedit, cui putabat se iussum? si quidem *peculiares* dedit, nec fecit accipientis: si autem alius pro eo dedit *aut ipse dedit, iam liber factus*, fient accipientis. Der Sklave A ist unbedingt freigelassen, er glaubt aber, bedingt freigelassen zu sein. Zahlt er in seinem Eigentum stehendes Geld an den Erben, so verliert er sein Eigentum nicht, weil der Übereignungswille fehlte. Leistet er an einen Dritten, so ist der Übereignungswille vorhanden, die Tradition ist aber doch wirkungslos, wenn er Pekuliargeld gab, denn über das fremde Eigentum konnte er natürlich nicht verfügen. Leistete er aber anderes ihm gehöriges Geld, so wird nach unserem Text der Empfänger Eigentümer, obwohl doch offensichtlich error in dominio vorliegt, indem A nummos suos quasi alienos veräußert. Aber der Schluß der Stelle ist sicher verfälscht. Indizien: 1. 'si — peculiares dedit': vorher ist aber gesagt, daß es sich um Münzen handelt, qui utique ipsius fuerunt, und von einem Vermächtnis des peculium an den Servus ist keine Rede; 2. 'aut ipse dedit': es müßte heißen: 'aut ipse non peculiares dedit'; siehe Cyrill. schol. 3 ad Bas. (24, 1) 3, Heimb. 3, 3: *εἰ μὲν πεκουλιαρίους, οὐ ποιεῖ δεσπότην . . . εἰ δὲ ἑτερῶθεν, ποιεῖ δεσπότην.* 3. 'iam liber factus': überflüssig und irreführend; im vorhergehenden ist ja von nichts anderem die Rede als von der Zahlung eines Freigelassenen, der sich fälschlich für einen statuliber hält. Richelmann, Einfluß des Irrtums S. 113 wollte, „um einen Zusammenhang mit dem vorhergehenden hervorzubringen", diese Worte übersetzen: „nachdem er seine Freiheit erfahren hat", was natürlich ganz unmöglich ist. Ulpian wird wohl nur geschrieben haben: 'si quidem ipse dedit, nec fecit accipientis, si autem alius pro eo dedit, fient accipientis'. — Unbefriedigend über die Stelle Leonhard 109.

quoniam non hoc mihi propositum fuit *sed quasi tuum dominium ad eum transire:*[1]) et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.[2])

Marcellus kann nun nicht die Lehre Julians vertreten haben, denn dann hätten die Kompilatoren keinen Anlaß zum Eingreifen gehabt; er hielt also den Irrtum über das Eigentum für beachtlich. Titius behält demnach in beiden Fällen das Eigentum; aber auch von einer exceptio rei venditae et traditae oder einer exceptio doli gegen seine rei vindicatio konnte dann keine Rede sein, denn wie wir schon sagten[3]), es fehlt jeder vernünftige Grund dafür, dem Irrtum gerade bloß auf die Tradition Einfluß zu gewähren; wir haben auch für eine solche Behandlung keine Belege, ja aus Ulpian, namentlich aus seiner Schlußbegründung, möchte man die hier vertretene Auffassung herauslesen. Titius kann also in beiden Fällen wirksam vindizieren. Macht er im zweiten Fall, wo er Mandant ist, von seiner Vindikation Gebrauch, so entspricht es freilich nicht der bona fides, wenn er jetzt etwa vom Mandatar den Kaufpreis fordern wollte; er haftet vielmehr dem Mandatar, da der letztere ja seinem Käufer wegen der Eviktion verantwortlich ist.[4]) So mag Marcellus geschrieben, dabei viel-

---

[1]) Die Worte 'sed — transire' sind ein Glossem. Sie sollen von propositum fuit' abhängig sein ('ich beabsichtigte dein vermeintliches Eigentum zu übertragen', Richelmann 110; Scheuerl, Beitr. 1, 197, Zitelmann 538), sie schleppen aber nach, sollten hinter 'hoc' stehen. Die fehlerhafte Stellung hat ältere Ausleger verführt, die Worte als abhängig von 'putat' zu lesen und anzunehmen, daß das Eigentum doch übergehe: so in der Tat Westphal, Kauf § 81; Glück 4, 149 N. 95.

[2]) H. Krüger, Exceptio Doli 1, 57, sucht die Entscheidung aus dem Jussus zu rechtfertigen, der Mandatar könne in keinem Falle das Eigentum des Mandanten übertragen. Diese Auffassung scheitert doch offensichtlich an D. (41, 1) 9, 4, Windscheid, Pand. 1 § 172 N. 3; Rabel, Grundz. 509. Die ganze Gegenüberstellung von Jussus und Mandat, die Krüger aus Pernice, Lab. 1, 504ff. übernommen hat, ist überhaupt verfehlt: Mitteis, Röm. Privatr. 1, 195 N. 4.

[3]) Oben S. 140 N. 1.

[4]) Vgl. D. (6, 2) 14 Ulp.-Pap.: quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per igno-

leicht auch die abweichende Lehre Julians erwähnt haben. Die Kompilatoren aber arbeiteten seine Entscheidung um; sie wollten den Käufer in Ruhe lassen[1]) und den Titius wegen seines verlorenen Eigentums auf eine Regreßklage verweisen. Das ging im ersten Fall sehr einfach: Titius ist Mandatar und kann daher mit der actio mandati contraria wegen seiner Sache Entschädigung fordern. Im ersten Fall aber fehlte ein solches Regreßverhältnis, die Kompilatoren mußten es erfinden: so kamen die verhängnisvollen Worte 'cum forte — emisset' in den Text; die Kompilatoren wollten Titius eine actio empti zu Regreßzwecken gewähren; da er selber nicht der Käufer sein konnte — das wäre eine emptio rei suae geworden —, so machten sie seinen Erblasser zum Käufer. Wie sie sich den Fall des näheren gedacht haben mögen, ist nicht zu sagen, wahrscheinlich haben sie ihn überhaupt nicht klar durchgedacht; genug, daß jetzt eine actio empti da war, die den Titius für die wirkungslose rei vindicatio entschädigte, ein Gegenstück zu der actio mandati des ersten Falles.

Hiernach scheidet das Fragment für unsere Lehre ganz aus.

V. Der Gläubiger, der sein Forderungsrecht ex causa onerosa erworben hat, behält dieses, wie wir sahen, wenn er die geschuldete Sache ex causa lucrativa erwirbt. Welche Wirkung hat der Erwerb ex causa onerosa? Die gemeinrechtliche Erörterung knüpfte hier an den bekannten Bericht des Pomponius an:

D. (21, 2) 29 pr.

Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem quasi habere mihi rem liceret Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.

---

rantiam non est usus exceptione quam debuit opponere, veluti: 'si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.

[1]) Vgl. dazu die Interpolation von D. (12, 4) 3, 8 oben S. 143 N. 1; siehe auch die in der gleichen Linie sich bewegende Interpolation von D. (39, 5) 25 und dazu P. Krüger, Dig.-Ausg.

Celsus versagt hier der actio venditi die Wirksamkeit; die herrschende Lehre des gemeinen Rechts schloß daraus ohne weiteres: hat der Käufer den Kaufpreis bereits gezahlt, so hat er die actio empti auf Rückzahlung des Preises. Mit andern Worten: es ist gleichgültig, ob der Käufer ex lucrativa oder ex onerosa causa die Kaufsache erwirbt, er hat in jedem Fall die actio empti auf Rückzahlung des Kaufpreises.[1]) Diese Schlußfolgerung mag dogmatisch gerechtfertigt sein, historisch betrachtet ist sie unhaltbar. Aus dem Vorhandensein der exceptio folgt für das klassische Recht noch lange nicht die Zuständigkeit einer actio; der Schluß von der exceptio auf die actio liegt hier freilich besonders nahe, wenn man von der Institutionenregel ausgeht, daß der concursus zweier causae lucrativae das Erlöschen der Obligation herbeiführt: denn aus dieser Regel ergibt sich freilich durch Umkehrung, daß in unserm Fall die actio empti des Käufers unberührt bleibt, da ja zwei causae onerosae zusammenstoßen. Aber die Institutionenregel ist, wie wir sehen werden, in dieser Form nicht klassisch. Möglich ist es freilich, wie man zugeben muß, daß Celsus und Pomponius — in seinem vor den Julianischen Digesten geschriebenen Sabinusbuche![2]) — auch die Kaufklage gewährten, obwohl wir keinen Beleg dafür haben; fest steht aber, daß die Lehre Julians, der die späteren Klassiker folgten, die actio empti nur bei lukrativem Erwerbe des Käufers zugestand.[3]) Dies ergibt sich aus den sämtlichen oben unter I bis III behandelten Stellen, die ausschließlich den lukrativen Erwerb behandeln, ergibt sich insbesondere aus Sent. (2, 17) 8[4]); D. (19, 1) 13, 15[5]) und D. (44, 7) 19[6]), wo ausdrücklich für die actio empti der Erwerb ex causa lucrativa gefordert wird. So drücken sich die Klassiker

[1]) So F. Mommsen, Beitr. 1, 259f.; Dernburg, Pand. 2 § 99 N. 30; Dernburg-Sokolowski 2, 760; Bekker, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts 6, 290; Kohler, Ges. Abhandl. 250; Brinz, Arch. f. Ziv. Prax. 63, 376 N. 78; Hellmann 396; Bechmann, Kauf 3, 2 S. 44 und 53; Last 86.

[2]) Krüger, Geschichte der Quellen (2. Aufl.) S. 185 N. 44; Fitting, Alter und Folge (2. Aufl.) S. 35.

[3]) Richtig Eck 31; Rabel, Haftung 1, 78, beide freilich ohne die herrschende Auslegung zu erwähnen und sie ausdrücklich abzulehnen.

[4]) Oben S. 117. [5]) Oben S. 118. [6]) Oben S. 130.

nicht aus, wenn sie den lukrativen Erwerb nur als Beispiel anführen wollen und beim onerosen Erwerb vollkommen gleichartig entscheiden würden; die Antithese Julians in Fr. 19 ist auch hier von besonderem Wert. Ob Julian und seine Anhänger dem Käufer bei onerosem Erwerb wenigstens wie Celsus eine exceptio gaben, wissen wir nicht, wahrscheinlich ist es nicht.[1]) Einen positiven Beleg für die eben angegebene Lehre Julians bietet

D. (45, 1) 56, 7.

Iulianus libro quinquagensimo secundo digestorum.

Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usu fructu ab alio stipulor, prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberareris, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem. quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usu fructu fundum stipulatus fueram.

Eine Korrealschuld liegt in diesem Falle nicht vor, da die unitas actus fehlt[2]); willkürlich wäre es auch, anzunehmen, daß die beiden Stipulationen ex causa lucrativa stammten[3]), vielmehr ist, wie schon oben bemerkt[4]), stets eine stipulatio ex causa onerosa gemeint, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich hervorgehoben wird. Dann aber bestätigt unsere Stelle den Satz: das Forderungsrecht ex causa onerosa geht unter, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache ex alia causa onerosa erwirbt. Zur Unterstützung der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre berief man sich freilich mitunter auf D. (19, 1) 10, wo angeblich „mit unerfreulicher Deutlichkeit gesagt sei, daß zwei causae onerosae zusammentreffen können, ohne daß die eine erlischt".[5]) Das Fragment hat aber keine Beweiskraft:

---

[1]) Siehe unten S. 205 f.

[2]) Vgl. Rabel, Grundz. 475; Binder, Korrealobligationen 6 ff. Der Tatbestand ist genau so formuliert wie in D. (46, 1) 43 (dazu Binder 17): Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus ....

[3]) Dies nahm Sell 102 an. [4]) Oben S. 136.

[5]) Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. 21, 325.

D. (19, 1) 10.

Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum.

Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant: cum enim is qui venditorem obligatum habebat ei qui eundem venditorem obligatum habebat heres exstiterit, constat duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam, *et debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium: quod si prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. ex contrario quoque si venditor venditori heres exstiterit, palam est duas evictiones eum praestare debere.*

Eine Reihe von Indizien weisen auf eine gründliche Überarbeitung durch die Kompilatoren: 1. 'proprium venditorem convenire deinde . . . . hereditarium': eine seltsame Ausdrucksweise! Es sind doch nicht zwei Verkäufer vorhanden! Es sollte dastehen: 'propria actione venditorem convenire deinde . . . . hereditaria'. 2. 'sed ita — commodum' hat bereits Lenel beanstandet[1]): quemadmodum enim utriusque contractus commodum sentire potest actor, qui alterius tantummodo actionis formula usus est? Lenel vermutet, daß Ulpian statt dessen geschrieben habe: 'sed ita ut in demonstratione uterque contractus comprehendatur'; damit wird aber die Stelle nicht geheilt, denn abgesehen von den bereits unter 1 erwähnten Anständen ist 3. der Satz 'unam quidem actionem movere potest' bedenklich; gesagt sein soll offenbar: der Erbe kann beide Klagen anstellen, aber nicht beide kumulativ; das hätte aber anders ausgedrückt werden müssen, nämlich: alteram tantum actionem movere potest. 4. 'duas evictiones eum praestare debere': eine doppelte Eviktion derselben Sache ist nicht möglich, Lenel hat daher statt 'evictiones'

---

[1]) Pal. 2, 1182 N. 10. Liebe, Stipulation 163: „Ganz klar ist der Grund der Entscheidung Ulpians nicht"; seine Erklärung ist unzureichend.

'auctoritates' einsetzen wollen.[1]) Aber warum mußte für die Schlußentscheidung erst der Tatbestand umgedreht werden? Warum muß nicht auch im ersten Fall (V verkauft an K^1 und K^2, K^1 beerbt K^2) der Verkäufer duas auctoritates praestare?

Die Stelle ist also kräftig interpoliert, der klassische Text läßt sich nicht wiederherstellen. Wir besitzen zwar noch ein anderes Stück dieser Erörterung Ulpians[2]), aber der Vergleich der beiden Fragmente ergibt nur, daß wahrscheinlich die Ausführungen unseres Fr. 10 Julian entnommen sind, und Julian möglicherweise überhaupt nur die Konsumptionsfrage behandelt hat.[3]) Hervorzuheben ist nur noch, daß zwar der zweite der in Fr. 10 erwähnten Fälle (V^1 und V^2 verkaufen dieselbe Sache an K; V^1 beerbt den V^2) einen Konkurs zweier causae onerosae darstellt, nicht aber, wie die herrschende Lehre glaubt, auch der erste (V verkauft an K^1 und K^2, K^1 beerbt den K^2). Hier sind freilich zwei actiones empti in einer Hand vereinigt, wenn aber K^1 auf Grund des Kaufes seines Erblassers die Sache erhält, so erwirbt er diese iure hereditario und also ex causa lucrativa; an dem lukrativen Erwerb des K^1 zweifelt niemand, wenn K^2 noch bei seinen Lebzeiten das Eigentum erworben hat, gleichgültig, ob er den Kaufpreis zahlte oder schuldig blieb; dann darf man aber auch in unserm Fall nicht anders entscheiden.

Es bleibt also dabei: das Forderungsrecht ex causa onerosa bleibt bestehen, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache ex causa lucrativa erwirbt; erwirbt er sie ex causa onerosa, so erlischt es. Es kann sich also nur noch darum handeln, die verschiedene Wirkung des lukrativen und des onerosen Erwerbs zu erklären. Die Quellen geben keine Begründung; eine Erklärung soll unten im vierten Abschnitt versucht werden.[4])

VI. Das Forderungsrecht ex causa onerosa bleibt bestehen, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache ex causa lucrativa erwirbt. Bisher ist dieser Satz bei Obligationen

---

[1]) Pal. 2, 1183 N. 1. [2]) D. (46, 1) 5; Lenel l. c.

[3]) Wie in D. (44, 7) 18 oben S. 136. [4]) Unten S. 205.

nachgewiesen worden, die auf Übereignung einer Sache gerichtet sind (Kauf, Stipulation); er gilt aber auch bei der Miete. Unser einziger Beleg dafür sind die beiden folgenden kurzen Fragmente:

D. (19, 2) 9, 6 und fr. 10.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata *vel donata* sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum:

Iulianus libro . . . ad Ferocem.

et ego ex conducto recte agam vel in hoc ut me liberes.

Der Mieter erwirbt die Mietsache ex causa lucrativa, nämlich durch Legat — die Schenkung ist durch einen Glossator oder durch die Kompilatoren hinzugefügt worden, da im folgenden ausschließlich vom Legat die Rede ist[1]) — für die Zeit vom Eigentumserwerb an hat der Mieter keinen Mietzins zu zahlen und wenn er ihn bereits gezahlt hat, so steht ihm die actio conducti zu. Auch die Entscheidung des § 6 stammt sicherlich von Julian. Der in der Luft hängende Acc. c. I. zeigt, daß Ulpian einen Juristen ausschrieb, und daß dieser Jurist Julian war, ergibt das folgende Fr. 10. Dieses Fragment steht nämlich im Titel 19, 2 nicht an der Stelle, wo man ein Fragment aus den libri ad Urseium erwarten möchte; die Kompilatoren haben es aus dieser Stelle herausgenommen, da sie bei Ulpian den Bericht über diese Entscheidung Julians fanden; sie benutzten den Originaltext jetzt nur noch dazu, um daraus einen Nachtrag zu Ulpian anzufertigen.[2]) Dabei ist nun freilich das Julianfragment arg zusammengestrichen worden; auch das 'vel' verrät die Kompilatoren, denn 'vel' im Sinne von

[1]) Richtig Di Marzo. Bull. 17, 109 N. 1, der aber im übrigen das Fragment eigentümlicherweise ignoriert. obwohl es doch gegen seine These spricht.

[2]) Genau wie sie z. B. in Fr. 15, 9 und 16 D. 19, 2 verfahren sind; über diese Methode der Kompilatoren überhaupt siehe Krüger, Geschichte 382.

'nämlich', 'wenigstens', 'z. B.' ist wohl immer unecht[1]); die Kompilatoren haben auch übersehen, daß sie ihren Nachtrag korrekt hätten hinter die Worte 'ob pensiónem' stellen müssen.[2]) Sachlich betrachtet ist gegen die Bezeichnung des Ziels der actio conducti nichts einzuwenden: wenn im entsprechenden Fall beim Kauf der Preis als das Interesse des Käufers angenommen wird, so liegt es hier fast noch näher, das Interesse des Mieters dem gezahlten oder geschuldeten Mietzins gleichzusetzen.

VII. Das Quellenmaterial für unsern ersten Fall ist damit erschöpft. Das Ergebnis ist sehr einfach: seit Julian bleibt die Forderung ex causa onerosa bestehen, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache ex causa lucrativa erwirbt. Die Klage des Gläubigers geht nunmehr auf das Interesse; als solches wird bei der Stipulation der Sachwert, beim Kauf der Preis, bei der Miete der Mietzins angenommen. Wird die Sache ex causa onerosa erworben, so geht das Forderungsrecht restlos unter.

B. Der Gläubiger, dem ex causa lucrativa eine Speziessache geschuldet wird, erwirbt diese Sache ex alia causa.

Auch für diesen Fall haben wir bereits die Grundthese Julians kennengelernt; in D. (44, 7) 19 lasen wir[3]): der Käufer hat actionem empti integram, wenn er von einem Dritten die Kaufsache ex causa lucrativa erwirbt, sicut ex contrario qui ex causa emptionis rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere. Erwirbt also der Gläubiger, dem ex causa lucrativa geschuldet wird, die Sache ex causa onerosa, so bleibt sein Forderungsrecht bestehen, erwirbt er ex causa lucra-

---

[1]) Siehe meine Zusammenstellung, diese Zeitschr. 33, 52f.

[2]) Für verfehlt halte ich die Konjektur der ital. Dig.-Ausg., die vor 'solvendum' ein 'non' einschieben will, um den Zusammenhang mit Fr. 10 herzustellen; dadurch kommt in § 6 eine falsche Entscheidung: ein Mietvertrag über eine Sache, die einem Dritten gehört, ist doch nach allen Regeln gültig.

[3]) Oben S. 130.

tiva, so erlischt es. Sedes materiae für die nähere Erörterung dieses Prinzips ist das Vermächtnisrecht, genauer die Lehre vom Damnationslegat; die Legatsschuld ist die Obligation ex lucrativa causa κατ' ἐξοχήν, hinter der die Obligationen aus Fideikommiß und Schenkungsstipulation zurücktreten.

1. Der mit einem Damnationslegat Bedachte erwirbt die vermachte Sache ex alia causa.

I. Hier muß zunächst eine kurze Vorbemerkung vorausgeschickt werden. Die Klassiker behandeln diese Seite des Concursusproblems wiederholt im Zusammenhang mit zwei anderen Erscheinungen: mit dem legatum debiti und mit der Wiederholung desselben Vermächtnisses in demselben Testament. Was zunächst 1. das legatum debiti anlangt[1]), so lesen wir bekanntlich schon bei Julian[2]) das Prinzip:

> quotiens debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione.

Das Legat ist ungültig, si nihil plus est in legato.[3]) Das gilt nicht nur für das legatum debiti proprii, sondern ebenso für das legatum debiti alieni.[4]) Ist hiernach das Legat gültig, so treffen allerdings zwei Erwerbscausae zusammen; wenn aber der Bedachte aus der einen causa erwirbt, so richtet sich die Wirkung dieses Erwerbes doch regelmäßig nicht nach unsern Regeln über den concursus causarum, vielmehr ist ein weiter reichender Gesichtspunkt maßgebend. Beim Schuldvermächtnis handelt es sich regelmäßig[5]) darum, daß dasjenige, was jemand schuldig ist,

---

[1]) Zum Folgenden Ferrini, Teoria gen. dei legati S. 65ff.; Fadda, Concetti fondamentali del diritto ereditario romano 1 (1900) S. 89ff.

[2]) D. (34, 3) 11. Daß auch Marcell nicht anderer Meinung war, zeigt, wie Ferrini, Legati 67 richtig hervorhebt, D. (34, 3) 3, 5. Demnach wird D. (30) 28, 1 interpoliert sein, es handelte wohl vom Vindikationslegat: Lenel, Pal. 2, 1077; Arndts, Ges. Ziv. Schrift. 2, 546, unzulänglich Ferrini 66). Vgl. D. (32) 3, 2.

[3]) I (2, 20) 14. [4]) D. (30) 108, 4 und 5 unten S. 176.

[5]) Die dogmatischen Arbeiten erörtern diesen Regelfall, soviel ich sehe, ausschließlich. Gesetzt aber, dem L sei aus dem Testament des T[1]

eben als Schuldgegenstand dem Gläubiger letztwillig hinterlassen wird[1]); die Leistung an den Bedachten auf Grund der einen causa wirkt dann freilich auch auf die Obligation aus der andern causa schuldtilgend, aber einfach aus dem Grunde, weil der Testator es so gewollt hat. Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich auch, daß die gleiche Wirkung eintritt, wenn an den Bedachten nicht die Sache, sondern die litis aestimatio geleistet wird, während beim concursus causarum immer nur der Sachleistung schuldvernichtende Wirkung zukommt.[2]) So entscheidet Julian in

D. (30) 84, 2.

Si Sempronius Titium heredem instituerit et ab eo post biennium fundum dari iusserit Maevio, Titius deinde ab herede suo eundem fundum Maevio praesenti die legaverit et Maevius pretium fundi ab herede Titii acceperit: si ex testamento Sempronii fundum petere velit, exceptione repelli poterit, *si pretio fundi contentus non erit.*[3])

Beide Vermächtnisse sind zweifellos gültig, da das zweite gegenüber dem ersten für den Bedachten ein Plus enthält; nach den Regeln über den concursus causarum würde nur die Leistung des fundus beide Vermächtnisschulden zum Erlöschen bringen; hier aber hat die Leistung des Wertes die gleiche Wirkung, weil das zweite Vermächtnis solvendi animo ausgesetzt ist.[4]) — Entsprechend verfährt man 2., wenn der Erblasser in demselben Testament dem Bedachten dieselbe Sache mehrfach vermacht hat. Ist der Wille des Testators erkennbar darauf gerichtet, mittelst der Wiederholung dem Bedachten neben der Sache ihren Wert zuzuwenden, so sind zwei Vermächtnisse vorhanden,

---

unter Belastung des Erben H eine Sache vermacht worden; nach dem Tode des T^1 vermacht T^2, der denselben H zum Erben einsetzt, dem L noch einmal dieselbe Sache, ohne von dem ersten Legat etwas zu wissen. Zweifellos liegt auch hier ein legatum debiti vor, aber die im Text folgende Erwägung trifft darauf nicht zu.

[1]) Arndts, Ges. Ziv. Schriften 2, 539.

[2]) I (2, 20) 6 unten S. 182.

[3]) Diese Worte sind zweifellos ein Glossem: Krüger, Dig.-Ausg.

[4]) Arndts 297; Hartmann 72 (von Schmidt 427 mißverstanden); unrichtig Sell 77.

die kumulativ eingezogen werden können; ein concursus causarum liegt überhaupt nicht vor, da der Gegenstand der beiden Legate nicht derselbe ist. Im Zweifel ist allerdings, wie bereits Julian entschied, nur ein Legat anzunehmen: leistet also der Erbe die Sache, so wird er frei und braucht nicht noch außerdem den Wert zu entrichten; die gleiche Wirkung tritt aber auch hier wiederum ein — anders als beim concursus causarum —, wenn der Erbe nicht die Sache, sondern die litis aestimatio leistet: der Erblasser will eben im Zweifel dem Bedachten nur eine einmalige Leistung zuwenden.[1])

D. (30) 86, 1.

Iulianus libro trigesimo quarto digestorum. Si testamento Stichus ab uno herede legatus fuerit Maevio ⟨per damnationem⟩ et eidem codicillis idem Stichus ab omnibus heredibus ⟨per vindicationem⟩ et antequam codicilli aperirentur Maevius litis aestimationem consecutus fuerit, ipso iure vindicari ex codicillis non potest, quia testator semel legatum ad eum pervenire voluit.

D. (31) 66, 5.

Papinianus libro septimo decimo quaestionum. Eum, qui ab uno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat, ⟨per damnationem⟩ litis aestimationem legatae rei abstulit, postea codicillis apertis ab omnibus heredibus eiusdem rei ⟨per vindicationem⟩ relictae dixi dominium non quaerere: eum enim qui pluribus speciebus iuris uteretur, non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius.

Entsprechend hat auch Pius reskribiert[2]) und die späteren Juristen bleiben dabei stehen.[3]) —

II. Wenden wir uns nach dieser Vorerinnerung nunmehr zu der Kritik der einzelnen Fragmente. Zum Ausgangspunkt wählen wir ein umfangreiches Bruchstück, das uns aus Julians 33. Digestenbuche erhalten ist. Julian er-

---

[1]) Über die Interpolationen der beiden folgenden Stellen siehe Ferrini, Legati 124; Segrè, Studi Scialoja 1, 248f.; Pampaloni, Mélanges Girard 2, 345f. Pampalonis Meinung, daß die Klassiker normalerweise bei einem Vindikationslegat überhaupt nicht von 'ab herede legare' reden, halte ich gerade gegenüber diesen beiden Stellen, von denen doch offenbar die eine von der andern abhängt, für wenig wahrscheinlich; nachgewiesen ist Pampalonis These jedenfalls noch nicht.

[2]) Pap. D. (31) 66 pr.. Ulp. D. (30) 34, 3.

[3]) Pap. D. (31) 66 pr. und § 5, Ulp. l. c., Flor. D. (7, 1) 42, 1. — Vgl. Sell 74ff.

örterte in diesem Buche das Damnationslegat und kam dabei auch auf unsere Fragen zu sprechen.

D. (30) 82 pr. § 1.

Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati extinguitur, sed ita, si eo modo fuerit eius, quo avelli non possit. ponamus rem, quae mihi pure legata sit, ⟨per damnationem⟩ accipere me *per traditionem* ⟨mancipio⟩ die legati cedente ab *eo* herede, a quo eadem sub condicione alii ⟨per vindicationem⟩ legata fuerit: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium. nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is cum sub condicione alii ⟨per vindicationem⟩ legatus esset, factus fuerit meus *ex causa lucrativa*, nihilo minus *existente condicione* ex stipulatu agere potero.[1])

1. Si ex bonis eius, qui rei publicae causa aberat, rem usu adquisierim et ea antequam evinceretur mihi legata sit, *deinde postea evincatur*, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere.

Man hat sich im gemeinen Recht die Stelle folgendermaßen zurechtgelegt.[2]) Im ersten Falle hat T^1 seinen Erben H^1 mit einem unbedingten Damnationslegat zugunsten des L^1 belastet; dieselbe Sache hat T^2 in seinem Testament, in dem er den H^2 zum Erben einsetzte, durch bedingtes Vindikationslegat dem L^2 zugewandt; pendente condicione erwirbt nun L^1 von H^2 die vermachte Sache durch Schenkung: an sich würde die Vermächtnisforderung des L^1 gegen H^1 infolge des concursus causarum lucrativarum untergehen; da aber der Erwerb aus der Schenkung nicht gesichert ist, vielmehr existente condicione zusammenfällt, so bleibt die Klage aus dem Damnationslegat doch bestehen. Im zweiten Fall erwirbt C, der aus einer Stipulation ex lucrativa causa eine Forderung gegen D hat, die geschuldete Sache von X ex lucrativa causa; X ist aber Erbe

[1]) Daß das bedingte Vermächtnis ein Vindikationslegat ist, das unbedingte ein Damnationslegat, daran kann kein Zweifel sein: Arndts 262; Lenel, Pal. 1, 402; Pampaloni 346.

[2]) Siehe schon Gl. non quocunque ad h. l. und Arndts 262.

aus einem Testament, in dem ebendiese Sache per vindicationem bedingt dem L vermacht worden war. Auch hier ein Zusammentreffen zweier causae lucrativae, aber auch hier ist der Erwerb von X nicht gesichert, daher die Stipulationsklage gegen D. Der letzte Fall behandelt das Vermächtnis einer Sache, die der Bedachte zur Zeit der Testamentserrichtung[1]) bereits von einem rei publicae causa absens ersessen hatte; an sich wäre das Vermächtnis nichtig als legatum rei legatarii, da aber der zurückkehrende absens gegen die Ersitzung Restitution verlangen kann[2]), so wird es als gültig angesehen.

Damit wären ja nun freilich alle Risse und Sprünge glücklich übertüncht, aber der heutige historische Betrachter wird sich damit nicht zufrieden geben können: in dem überlieferten Text steht das alles nicht, oder doch so unvollkommen, daß man es dem Klassiker nicht zutrauen kann. Daß in dem zweiten der drei Fälle die Stipulation aus lukrativer causa stamme, ist nirgends ausgesprochen; wenn schon die Glosse zu 'ex stipulatione' bemerkte: 'interposita ex causa lucrativa'[3]), so war das eben der übliche dogmatische Vertuschungsversuch. Wenn aber die Stipulation aus oneroser causa stammt, so stimmt die ganze Argumentation nicht; denn dann ist es nicht wahr, daß an sich der lukrative Erwerb von dritter Seite die Stipulationsforderung vernichtet, und sie nur wegen des drohenden Eintritts der Bedingung nihilo minus aufrechterhalten wird: der Stipulation ex causa onerosa schadet ja, wie wir oben sahen[4]), der lukrative Erwerb der geschuldeten Sache nichts, die Forderung bleibt bestehen, auch wenn keine Bedingung den lukrativen Erwerb zu zerstören droht. Di Marzo[5]) hat dadurch zu helfen gesucht, daß er die Worte 'ex causa lucrativa' für interpoliert erklärte und sie durch die Worte 'ex alia qua causa' ersetzte; aber auch das ist unannehm-

---

[1]) Arndts 230. [2]) Lenel, Ed. S. 117.

[3]) Ebenso Arndts 263: „Selbstverständlich (!) wird hier eine stipulatio donationis causa facta vorausgesetzt"; ihm folgend Salkowski 132f. Gegen sie, vom historischen Standpunkt mit Recht, Ferrini, Rend. 338 N. 1; Glück, Commentario § 1526b S. 134 N. 1.

[4]) Oben S. 132. [5]) Bull. 15, 102f.

bar: denn wenn die 'alia causa' eine 'causa lucrativa' ist, ist das Raisonnement, wie eben gezeigt, verfehlt. Di Marzos Hypothese fußt eben auf seiner Meinung, daß jede Stipulationsforderung untergehe, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache von einem Dritten erwirbt, gleichgültig, ob ex causa onerosa oder lucrativa; daß aber diese Meinung irrig ist, wurde oben gezeigt. Das gleiche Dilemma begegnet uns im ersten Fall: hier ist nämlich nicht gesagt, daß das 'accipere per traditionem' (oder, wie der Klassiker schrieb, das 'accipere mancipio') der Empfang einer Schenkung sei. Die Dogmatiker halfen hier natürlich in derselben Weise wie im zweiten Fall; schon die Glosse erklärte einfach: 'heres Gaii pendente condicione dominus existens mihi donavit'.[1]) Wer aber als Historiker diese Ausflucht zurückweist, für den ist der Text wiederum fehlerhaft; denn wenn das 'accipere mancipio' ein kaufweiser Empfang war, so ist die Vermächtnisklage unter allen Umständen gegeben und nicht nur in Fällen, wo wie hier durch den Eintritt der Bedingung der Verlust der gekauften Sache einzutreten droht.

Ich glaube, daß man zu einer wirklichen Erklärung dieses seltsamen Tatbestandes nur auf dem Wege gelangen kann, den bereits Th. Mommsen eingeschlagen hat, den er aber freilich selbst nicht zu Ende gegangen ist. Mommsen wollte 'ex causa lucrativa' als Glossem streichen, ich schließe mich ihm an, nur daß ich diese Worte für interpoliert halte. Streicht man sie, so handelt der zweite Fall überhaupt nicht mehr vom concursus causarum, sondern von der Erfüllung, denn zu den parallel geordneten Worten 'debeatur' und 'factus fuerit' ist natürlich hinzuzudenken: 'scilicet a debitore'. Julian entscheidet dann: wenn der Stipulationsgläubiger vom Schuldner die Sache erhält, die sub condicione einem andern per vindicationem vermacht worden war, so ist das keine Erfüllung, und der Gläubiger behält daher die Stipulationsklage.[2]) Dann muß aber

---

[1]) Ebenso Arndts 263.

[2]) Wenn Salkowski 133 N. 52 gegen Mommsens Text einwendet, damit würde Julian eine unleidliche Trivialität zugemutet, so übersieht

auch der erste Fall entsprechend von der Leistung des mit dem Damnationslegat belasteten Erben gesprochen haben.[1]) Wir erhalten diesen Text, indem wir nur das Wort 'eo' streichen[2]); das Ergebnis ist dann: ein Erbe ist mit einem Damnationslegat zugunsten des A belastet; dieselbe Sache hat aber der Erblasser dem B per vindicationem bedingt vermacht; pendente condicione übereignet der Erbe die Sache dem A: auch dies ist keine vollständige Erfüllung quia existente condicione discessurum sit dominium. Ob auch der Eingangssatz 'non — possit' interpoliert ist, läßt sich nicht entscheiden. Die Worte 'si legatarii res facta fuerit' umfassen jedenfalls den Erwerb vom verpflichteten Erben genau so gut wie den Erwerb von einem Dritten; die Anknüpfung der folgenden Erörterung der Erfüllung macht also keine Schwierigkeit. Vielleicht haben aber die Kompilatoren auch hier eingegriffen und vielleicht haben sie den schon von Mommsen gerügten Fehler verschuldet, nämlich die Ellipse von 'facta' hinter 'si eo modo fuerit'; möglicherweise lautete der klassische Text:

> Non quocumque modo si *legatarii* ⟨legatario⟩ res *facta* ⟨soluta⟩ fuerit die cedente obligatio legati extinguitur, sed ita, si eo modo fuerit *eius* ⟨soluta⟩, quo avelli non possit.

---

er vollständig die unten S. 159 angeführten klassischen Zeugnisse, in denen die angebliche Trivialität wiederholt ausgesprochen wird.

[1]) Denn wenn Julian den Erwerb des Bedachten von dritter Seite hätte mit der Erfüllung vergleichen wollen, so hätte er nicht das Vermächtnisrecht verlassen und die Stipulation heranzuziehen brauchen.

[2]) 'Eo' fällt auch stilistisch auf. Es will einen andern Erben eines andern Erblassers bezeichnen, beim ersten Lesen meint man aber, der mit dem Vindikationslegat beschwerte Erbe sei ein Miterbe des mit dem Damnationslegat belasteten Erben. Von ganz anderer Seite her ist Pampaloni, Mélanges Girard 2, 346 der Sache nach zu dem gleichen Ergebnis gekommen; er rekonstruiert: Ponamus rem quae mihi pure legata sit per damnationem accipere me . . . ab herede, cum eadem sub condicione per vindicationem alii legata fuerit. Aber diese Rekonstruktion beruht auf Pampalonis These, daß die Klassiker beim Vindikationslegat regelmäßig den Ausdruck 'legare ab herede' nicht verwenden, und diese These bedarf noch gar sehr des Beweises (oben S. 154 N. 1).

Aber Gewißheit läßt sich darüber nicht erlangen, die Frage ist indes auch ohne erhebliche Bedeutung. Die Hauptsache ist, daß Julian in den beiden folgenden Fällen lediglich von der mangelhaften Erfüllung, nicht vom concursus causarum sprach, und daß erst die Kompilatoren die klassischen Ausführungen auf den concursus causarum hin umarbeiteten. Bei dieser Veränderung sind am Schluß des pr. auch die Worte 'existente condicione' hinzugefügt worden.[1]) Gibt ja doch Julian im ersten Falle die actio ex testamento keineswegs erst bei Eintritt der Bedingung, sondern sofort[2]), quia is status est eius ut existente condicione discessurum sit a me dominium. Warum es bei der Stipulation anders gehalten werden sollte, ist nicht einzusehen; auch besitzen wir von andern Juristen übereinstimmende Äußerungen, aus denen sich ergibt, daß schon der drohende Verlust der als Erfüllung erhaltenen Sache den Stipulationsgläubiger zur Klage berechtigt[3]): Fast wörtlich stimmt mit der Ausdrucksweise unseres pr. überein

D. (46, 3) 20.

Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum.

Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.

Ebenso ergibt sich aus D. (46, 3) 72, 5, daß der Stipulationsgläubiger klagen kann, si habet servum, qui ei auferri potest.[4]) Gerade auch für den Fall einer durch eine Bedingung verursachten Unsicherheit des Erwerbs besitzen wir einen Beleg:

D. (45, 1) 83, 6.

Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum.

Si ipse debitor rem sub condicione ⟨per vindicationem⟩ legatam dedisset, non liberaretur.[5])

---

[1]) So auch Di Marzo, Bull. 15, 102.

[2]) Unrichtig Arndts 263. gegen ihn Ferrini, Legati 613, Rend. 335; Di Marzo 103.

[3]) Zu den folgenden Stellen Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 126f.

[4]) Siehe auch Marcell D. (46, 3) 72, 5.

[5]) Über diese Stelle siehe noch unten S. 186.

Daß Julian in dieser Frage anderer Meinung gewesen ist, erscheint namentlich mit Rücksicht auf den ersten Teil von Fr. 82 pr. nicht glaublich[1]); streicht man aber die Worte 'existente condicione', so wird man auch im § 1 'deinde postea evincatur' für kompilatorisch erachten müssen. —

D. (30) 82, 2 und 3.

Fundus mihi legatus est: proprietatem eius fundi redemi detracto usu fructu: postea venditor capite minutus est et usus fructus ad me pertinere coepit. si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit. Marcellus: Idem erit et si partem redemero, pars mihi legata est aut donata: *partem enim dumtaxat petere debebo.*

I. (2, 20) 9.

Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usu fructu et usus fructus ad eum pervenerit et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Iulianus ait, quia usus fructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio iudicis contineri, ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari.

Die hier behandelte Frage ist: Wie verfährt man, wenn der Bedachte die vermachte Sache von dritter Seite teilweis aus lukrativer, teilweis aus oneroser causa erwirbt? In der Note des Marcellus sind die Teile qualitativ gleich, in der Julianentscheidung qualitativ ungleich: der Bedachte erwirbt die nuda proprietas ex causa onerosa, den Nießbrauch es causa lucrativa.[2]) Die Entscheidung geht beidemal dahin: der Bedachte hat die actio ex testamento wegen des oneros erworbenen Teils, die litis aestimatio umfaßt, wie Julian sagt, quantum ei abest, womit nur der Kaufpreis gemeint sein kann.[3]) Die Entscheidung Julians ist uns noch einmal in den Institutionen überliefert, allerdings mit erheblich abweichendem Text; aus welcher Quelle die Institutionenverfasser geschöpft haben, ob aus den Pan-

---

[1]) Auch nicht wegen D. (46, 3) 33 pr., denn hier kommt es Julian nicht sowohl darauf an, ob und wann die Klage gegeben ist, sondern wem sie zusteht.

[2]) Daß der Nießbrauch hier als ex causa lucrativa erworben angesehen wird, ergibt sich schon aus der Note des Marcellus; ausdrücklich sagt es Theophilus: 'cum usus fructus ex lucrativa causa mihi pervenerit'.

[3]) Das Tempus 'aberit' des Textes erklärt sich aus dem vorhergehenden 'debebit'; der Sinn, den Arndts 319 dem Futurum beilegt, ist den Römern sicherlich ganz fremd.

dekten oder aus einem klassischen Institutionenwerke, wissen wir nicht.[1]) Doch ist auf alle Fälle der Institutionentext von den Kompilatoren stark überarbeitet worden. Unschön ist schon im Eingang der doppelte Subjektwechsel in einem et — et-Satze: 'wenn der Bedachte sowohl die nuda proprietas kaufte, als auch der Nießbrauch an ihn fiel und er dann klagt'! Wahrscheinlich hat das Wegstreichen der bei Julian erwähnten capitis deminutio die Zerrüttung verursacht. Unecht ist ferner der Begründungssatz 'quia — obtinet', denn die Klassiker rechnen den Nießbrauch noch nicht zu den Servituten.[2]) Auch die wortreiche und ungeschickte Phrase 'si agat, recte eum agere et fundum petere' kann nicht klassisch sein; zum mindesten sollte es doch heißen: 'si agat et fundum petat, recte eum agere; ein Klassiker hätte aber überhaupt einfach geschrieben: recte eum acturum et fundum petiturum. Sachlich betrachtet würde für Julian eine actio ex testamento auf den fundus eine Pluspetitio enthalten, die Klage müßte auf die nuda proprietas gestellt werden.[3]) Denn Julian sagt uns ja selbst an anderer Stelle[4]): qui usum fructum fundi stipulatur deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur deinde totum; daß aber der Bedachte, der $1/4$ des Eigentums käuflich, $3/4$ durch Schenkung erworben hat, eine Pluspetitio begeht, wenn er auf 'fundum dare oportere' klagt, bestreitet wohl niemand.[5]) Auch Marcellus meint, in dem von ihm vorgebrachten Falle sei es 'ebenso' (idem esse) wie in dem von Julian entschiedenen. Die Kompilatoren freilich wollten den Nießbrauch als Servitut behandelt wissen, der Erwerb der nuda proprietas ist also für sie nicht der Erwerb eines Teils, sondern des

[1]) Zocco-Rosa, Paling. (Annuar. dello ist. di storia di diritto IX 2 und X, 1907/08) S. 162.

[2]) Longo, Bull. 11, 281ff. 304ff.; Pampaloni, Bull. 22, 109 und die dort Zitierten; Di Marzo, Bull. 15, 104; P. Krüger ad Inst. l. c.

[3]) Das meint wohl auch Di Marzo 105f., wenn er eigentümlich gewunden sagt: A base della formula di Giuliano si trova evidentemente il riflesso, che solo la nuda proprietà può in un certo senso formare obbietto dell' azione.

[4]) D. (45, 1) 58 und dazu Pampaloni, Bull. 22, 108ff. 112.

[5]) Richtig Arndts 311.

ganzen Grundstücks; hat aber der Bedachte das ganze Grundstück oneros erworben, so kann er auch 'fundum petere'. Mit dieser Interpolation steht die Veränderung des Schlusses in engstem Zusammenhang. Julian meinte, die Klage geht auf die nuda proprietas, diesen Wert, den er wie üblich mit dem dafür gezahlten Kaufpreise gleichsetzte, gibt also auch die litis aestimatio an. Die Kompilatoren sagten sich: die Klage geht auf den fundus, die litis aestimatio geht also von dem Wert des Grundstücks aus, von dem dann freilich der Wert des Nießbrauchs in Abzug zu bringen ist.[1]) In diesem Sinne scheinen die Kompilatoren auch die Marcellusnote verändert zu haben. Der Satz 'partem enim dumtaxat petere debebo' ist ungenau: es sind doch vorher zwei partes genannt und es sollte daher 'partem redemptam' dastehen.[2]) Die Kompilatoren wollten wohl einschärfen: hier im Fall des Marcellus geht schon die Klage nur auf eine pars fundi, im Falle Julians führt erst die litis aestimatio zu einem Abstrich vom Totalwert des Grundstücks. —

Die Julianentscheidung des folgenden Paragraphen ist uns gar dreifach überliefert:

D. (30) 82, 4.

Quod si legatum mihi est quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum et apud me peperit, non possum videri partum ex causa lucrativa habere,

---

[1]) Richtig Di Marzo 106. Genau das will auch Theophilus sagen (ed. Ferrini 211): Iuliani sententia est recte me petere per in personam actionem aestimationem fundi (falsche Übersetzung: aestimationem nudae proprietatis fundi bei Ferrini, richtig schon Arndts 323 N. 22). nam usus fructus hic locum servitutis obtinet: Officium autem est iudicis iubere, ut, deducto usu fructu, heres mihi aestimationem praestet. ut ecce fundus cum usu fructu CL valet; detracto autem usu fructu C; CL aureos quidem ego petam, sed officio iudicis continetur, ut solius proprietatis aestimatio mihi praestetur. Was Arndts 323f. gegen Theophilus ausführt, ist, historisch betrachtet, verfehlt.

[2]) Dagegen scheint 'est' statt 'erit' nur ein Schreibfehler zu sein, wohl veranlaßt durch das im § 4 unmittelbar folgende 'legatum mihi est'. Die Vulgaten weisen andere Lesarten auf, die aber untereinander so verschieden sind, daß sie für die Textkritik keine Bedeutung haben (vgl. Schulz, Einführung 14b).

quia matrem eius mercatus sum: argumentum rei est, quod evicto eo actio ex empto competit.

D. (31) 73.

Papinianus libro vicesimo tertio quaestionum. Si quod ex Pamphila nascetur legatum mihi fuerit et ego Pamphilam emam eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est non ex causa lucrativa partum intellegi meum factum ideoque petendum ex testamento, tamquam istum emissem, ut scilicet pretii contributione facta consequar tantum, quanti puerum deducta matris aestimatione constitisse mihi iudex in causa legati datus aestimaverit.

D. (49, 15) 12, 18.

Tryphoninus libro quarto disputationum. Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit tuque matrem redemeris et ea apud te peperit non videri te[1]) partum ex causa lucrativa habere, sed officio arbitrioque iudicis aestimandum constituto pretio partus, perinde atque si, quanto mater est empta, simul et partus venisset.

Das noch ungeborene Kind der Pamphila ist per damnationem vermacht; der Legatar kauft die Pamphila und bei ihm wird das Kind geboren. Der Fall hat offenbar mit dem Nießbrauchfall des § 2 eine sehr nahe Verwandtschaft: dort enthielt die nuda proprietas die Anwartschaft auf den Erwerb des Nießbrauchs, wie hier das Eigentum an der Sklavin die Anwartschaft auf den Erwerb ihres Kindes; hier wie dort ist das Anwartschaftsrecht käuflich erworben. Im Nießbrauchfalle erhielt der Bedachte wegen des oneros erworbenen Anwartschaftsrechts vom Erben Ersatz, weil dieses — die nuda proprietas — ein Teil der vermachten Sache ist. Im Partusfalle aber scheint der Legatar gar nichts fordern zu können: denn wenn der Erwerb des Nießbrauchs als Erwerb ex causa lucrativa galt, ungeachtet des onerosen Erwerbs der nuda proprietas, so muß auch der Erwerb des Kindes als lukrativ erachtet werden, trotz des onerosen Erwerbs der Mutter; und das in dem Eigentum an der Mutter enthaltene Anwartschaftsrecht ist hier nicht wie im Nießbrauchfalle ein Teil der vermachten Sache! Julian empfindet aber richtig, daß beide Fälle gleich behandelt werden müssen, auch im Partusfalle muß der Erbe

[1]) Der in der Luft hängende Acc. c. I. zeigt, daß Tryphonin einen Juristen zitierte, Julian oder Papinian.

den Bedachten wegen des onerosen Erwerbs des Anwartschaftsrechts entschädigen. Das läßt sich nicht anders erreichen, als indem kühn der Erwerb des Kindes als oneroser Erwerb genommen wird; zur Unterstützung beruft sich Julian auf die Behandlung der Frucht im Eviktionsrecht.[1]) Ist das Kind ex onerosa causa erworben, so kann der Legatar nunmehr auf 'partum dare oportere' klagen, er soll aber natürlich nicht etwa den Wert des Kindes erhalten, sondern das, was er wegen des Kindes verausgabt hat: den Wert des Anwartschaftsrechts, wie im Nießbrauchfalle den Wert der nuda proprietas; diesen Wert stellt die litis aestimatio fest. Ausdrücklich sagt Papinian, maßgebend sei die Summe, die der puer den Bedachten gekostet hat (quantum mihi constitit); da nun das Kind im Augenblick des Kaufes noch gar nicht vorhanden war, so heißt das in Wahrheit: das, was das erwartete Kind, die Anwartschaft auf das Kind den Bedachten gekostet hat, der Mehrbetrag, den er mit Rücksicht auf dieses Anwartschaftsrecht gezahlt hat, ist ihm zu ersetzen. Dasselbe besagt Tryphonins Formel: man müsse feststellen, wieviel von dem vom Bedachten gezahlten Preis auf die Mutter, wieviel auf das Kind entfalle, ebenso wie wenn Mutter und Kind zu einem Gesamtpreis gekauft worden wären (Irreal! in Wahrheit ist nicht Mutter und Kind gekauft, da das Kind noch nicht vorhanden war); die auf das Kind entfallende Preisquote wird natürlich nicht etwa nach dem Werte des Kindes, sondern nach dem Werte der Anwartschaft bemessen; auf das Kind entfällt so viel, als der Käufer mit Rücksicht auf das zu erwartende Kind, also für sein Anwartschaftsrecht, mehr bezahlt hat, als er sonst für die Pamphila gegeben hätte.[2])

---

[1]) Vgl. Julian D. (21, 2) 8: sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest.

[2]) Gut Hartmann 101: "Nicht der Wert des partus perfectus ist es, der hier kraft des Legates noch gefordert werden kann. Es erscheint nur ein anderer, geringerer Betrag als Kondemnationsgegenstand, gemäß der folgenden einfachen Erwägung. In dem Preise der Sklavin hat der Käufer zugleich die größere oder geringere Aussicht auf die von ihr etwa noch zu erwartenden Kinder mit bezahlt. Und dieser Betrag ist gerade der durch Schätzung in der Vermächtnisklage zu ermittelnde. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß der Wert der bloßen Hoffnung

Das Ergebnis ist also dasselbe wie im Nießbrauchfall: der Bedachte erhält den Preis ersetzt, den er für das Anwartschaftsrecht gezahlt hat. In der Tat eine schöne Entscheidung, die das Lob Papinians verdient, denn es hätte so nahe gelegen, in doktrinärer Befangenheit den Erwerb des Sklavenkindes nach Analogie des Nießbraucherwerbs als lukrativen Erwerb zu behandeln und den Legatar leer ausgehen zu lassen.

Di Marzo hat den Mut gehabt, alle drei Zeugnisse dieser Julianentscheidung für interpoliert zu erklären.[1]) Schon a priori ist die Annahme einer Interpolation dreier an verschiedenen Stellen der Kompilation stehenden gleichlautenden Fragmente, von denen zwei auf das dritte zurückgehen, überaus unwahrscheinlich.[2]) Dazu müßte man annehmen, daß die Kompilatoren die drei Parallelstellen nebeneinander gehalten und gleichmäßig verändert hätten; daß sie dann aber nicht wenigstens die Papinianstelle ausgemerzt oder doch aus dem 31. Buche in die Nähe der Julianentscheidung gestellt haben sollten, ist ganz unglaubwürdig. Was Di Marzo zur Begründung vorbringt, ist denn auch ganz unstichhaltig. Er will zunächst in der Papinianstelle alles von 'ideoque' ab wegstreichen; statt der dringend nötigen Begründung dieser Behauptung lesen wir aber nur den Satz[3]): „Non credo che occorra ormai spendere molte parole per dimostrar fondato il sospetto del Pernice, che lo squarcio 'ideoque .... aestimaverit' appartenga ai compilatori. Tanta dovizia di forme e di vocaboli giustinianei scioglie dall' obligo di un esame minuto.“ Nun hat sich aber Pernice[4]) darauf beschränkt, hinter 'emissem' ein bescheidenes Fragezeichen zu setzen, so daß der Hinweis auf ihn unmöglich den Interpolationsnachweis ersetzen kann. Von dem angeblichen Reichtum von Justinianismen sehe ich nichts; daß der Satz nicht ganz einfach ist, ist bei der Schwierigkeit der Sache und bei Papinian

---

als solcher in der Schätzung regelmäßig zurückbleiben muß hinter dem Werte der eingetretenen Erfüllung."

[1]) Bull. 15, 106ff. [2]) Siehe dazu Schulz, Einführung S. 45ff.
[3]) l. c. [4]) Labeo 2, 1 S. 270 N. 1.

nichts Verwunderliches. Im Tryphoninfragment streicht Di Marzo entsprechend 'sed officio — venisset', weiß aber wiederum zur Begründung nichts weiter anzuführen als die Versicherung[1]), daß dieses Stück si appalesa indubitabilmente tribonianea, und einen Hinweis auf Pernice. Alles, was Pernice sagt[2]), ist aber: „Ob diese Worte mit der verdächtigen Gerundivkonstruktion[3]) echt sind, ist doch zweifelhaft, es wird hier gar keine bestimmte Klage genannt." Es ist nun recht gut möglich, daß die Kompilatoren, die das Fr. 12 ja auch sonst stark überarbeitet haben, vor 'sed officio' etwas gestrichen haben, worin die actio ex testamento, die bei Papinian erwähnt ist, genannt wurde; gegen eine weitere Verdächtigung aber sprechen, von der Übereinstimmung mit Papinian ganz abgesehen, entscheidende, sofort anzuführende Gründe. Aber Di Marzo macht auch vor dem Kern der Entscheidung nicht halt: die dreimalige Erwähnung der causa lucrativa stört ihn natürlich auch hier, sie muß hinaus. Begründung[4]): „La circostanza, che una stereotipa interpolazione sviluppa e completa il principio che avrebbe esposto il giurista adrianeo, non può non indurre a credere che i compilatori abbiano travisato il principio medesimo. Del resto è ben facile (!!) scorgere, che Papiniano dovette dire soltanto 'responsum est partum intelligi meum factum', e Trifonino insegnare 'videri te partum habere'." Also das soll Julians berühmte Entscheidung gewesen sein: der Eigentümer der Muttersache erwirbt auch das Eigentum an der Frucht! Damit ist die geistreiche klassische Entscheidung in eine armselige Plattheit verwandelt; wer wird denn aber glauben wollen, daß Julian eine solche Trivialität in seine kasuistischen Erörterungen aufgenommen, daß Papinian, der sich doch auf subtile Entscheidungen verstand, ein solches responsum als 'höchst vernünftig' gelobt haben sollte? Auch scheint

---

[1]) S. 107. [2]) l. c.

[3]) Warum die Gerundivkonstruktion hier verdächtig sein soll, sehe ich nicht ein. Im allgemeinen siehe zu dieser Konstruktion Hey, Arch. f. Lat. Lexikographie 15, 55ff. 351; Löfstedt, Peregrinatio Aetheriae S. 156ff.

[4]) S. 107.

Di Marzo nicht bedacht zu haben, wie vortrefflich der überlieferte Text der Papinian- und Tryphoninstelle sich in den Zusammenhang einfügt, in dem diese Fragmente gestanden haben. Papinian sprach im 23. Buch seiner Quaestionen von der Ersitzung[1]), und dabei natürlich, wie auch D. (41, 8) 3 und 8 zeigt, auch von den Ersitzungstiteln. Er fragte sich nun: wie wenn jemand die Pamphila gekauft aber kein Eigentum erworben hat; kann er das später geborene Kind pro emptore ersitzen? Im Anschluß an Julians Entscheidung bejahte er diese Frage. Bei Tryphonin aber spricht der Zusammenhang sogar entscheidend gegen Di Marzos Rekonstruktion. Tryphonin handelt im 4. Buch seiner Disputationen bei der Lehre von der restitutio in integrum ausführlich über das ius postliminii[2]) und dabei auch von der redemptio eines kriegsgefangenen Sklaven. Er erörterte den Fall, daß eine kriegsgefangene Sklavin losgekauft worden ist und beim Käufer geboren hatte: muß der Eigentümer der Sklavin auch das Kind beim Käufer auslösen, und welchen Betrag muß er dafür zahlen? Auch für diese Frage ließ sich Julians Entscheidung verwenden. Er fährt fort: wie wenn das Kind bereits beim Feinde geboren war, und Mutter und Kind zu einem Gesamtpreise erworben worden sind? Das Kind ist postliminio reversus, wenn dem redemptor die auf dieses entfallende Kaufpreisquote angeboten wird. Gewiß ist auch in dieser Fortsetzung der Text nicht unversehrt, aber in dem ganzen langen Fr. 12 spürt man, wie gesagt, auf Schritt und Tritt die nachklassische Arbeit, die aber wohl vor allem in energischen Kürzungen bestanden haben wird. Jedenfalls paßt der überlieferte Text vortrefflich in den ganzen Zusammenhang, während es bei Di Marzos Rekonstruktion schlechthin unverständlich ist, wie Tryphonin Julians Entscheidung bei Erörterung des ius postliminii überhaupt erwähnen konnte.

Alles in allem wird man Di Marzos Interpolationsbehauptung als vollkommen bodenlos bezeichnen müssen. —

Wir übergehen den § 5 unsers Fragments, der von

---

[1]) Lenel, Pal. 1, 863. [2]) Lenel, Pal. 2, 355ff.

andern Dingen handelt, auch von den Kompilatoren stark verändert zu sein scheint[1]), und wenden uns alsbald zum § 6:

D. (30) 82, 6.

Cum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent duorum testamentis et Stichum ex altero testamento consecutus fuissem, ex altero Pamphilum petere possum, quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent et Stichus ex causa lucrativa meus factus fuisset, nihilo minus Pamphilum petere possem.

D. (45, 1) 16 pr.

Pomponius libro sexto ad Sabinum. Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te.

Der Widerspruch zwischen diesen beiden Entscheidungen ist von Ferrini[2]) und Di Marzo[3]) mit Recht betont worden, während man im gemeinen Recht darüber hinweglas.[4]) Di Marzo wollte allein in Fr. 16 eine klassische Entscheidung sehen und den § 6 danach korrigieren, nämlich statt 'causa lucrativa' 'alia qua causa' einsetzen[5]), und P. Krüger ist ihm hier gefolgt.[6]) Aber auch diese Interpolationsbehauptung ist grundlos, nur die überlieferte Fassung des § 6 steht mit der Lehre Julians im Einklang.[7]) Nur der lukrative Erwerb der vermachten Sache bringt nach Julian die Vermächtnisforderung zum Erlöschen; ist also Stichus und Pamphilus vom Erblasser alternativ vermacht, und der Bedachte erwirbt den Stichus ex causa

[1]) Vgl. Beseler, Beitr. 3, 173.

[2]) Rend. 330; Glück, Commentario § 1526b S. 129.

[3]) Bull. 15, 93 und 108.

[4]) Siehe F. Mommsen, Beitr. 1, 258; Arndts 276; Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation S. 236.

[5]) Di Marzo wendet gegen den Juliantext ein, die gleiche Entscheidung ergebe sich, auch wenn der Bedachte den Stichus ex causa onerosa erwerbe, aus der allgemeinen Regel, wonach bei Unmöglichwerden der einen Leistung die Obligation sich auf die möglich gebliebene konzentriert. Dieses Argument ist aber in Wahrheit die These, die Di Marzo beweisen soll: es muß erst bewiesen werden, daß die Klassiker auch noch von Julian ab den nachträglichen Erwerb der geschuldeten Sache als eine den Schuldner befreiende Unmöglichkeit angesehen haben. Diesen Nachweis hat Di Marzo nicht erbracht und kann ihn auch nicht erbringen.

[6]) Dig.-Ausg. [7]) Richtig Ferrini l. c.

onerosa, so kann er vom Erben den Wert des Stichus oder den Pamphilus verlangen; erwirbt er den Stichus ex causa lucrativa, so geht sein Recht auf den Stichus verloren, sein Anspruch auf den Pamphilus bleibt bestehen. An dem Text des § 6 ist also nicht zu rütteln, eher könnte man versucht sein, das Fr. 16 zu verdächtigen. Dieser Text weist zwei Fehler auf: 'aliqua' statt 'alia qua'; 'reliquum' statt 'reliquus'. Aber daß die Kompilatoren in Fr. 16 die lucrativa causa herausgestrichen haben sollten, während sie sie sonst an passenden und unpassenden Stellen einfügten, ist sehr unwahrscheinlich. Die sprachlichen Mängel des Textes werden also wohl von einem Abschreiberversehen herrühren.[1]) Wie erklärt sich aber dann der Widerspruch, wo wir doch sonst von einer Opposition gegen die Lehre Julians nichts wissen? Ich glaube, Ferrini hatte recht, wenn er Fr. 16 als qualche reliquia dell' antico diritto erklärte[2]): das Sabinusbuch des Pomponius ist vor Julians Digesten veröffentlicht worden[3]), und erst dieses Hauptwerk Julians wird wohl seine Lehre zur Anerkennung gebracht haben. Jedenfalls spricht auch noch eine andere Erwägung dafür, daß in der vorjulianischen Jurisprudenz, wenigstens in der Sabinusschule, dem Erwerb der geschuldeten Sache durch den Gläubiger schlechthin rechtsvernichtende Kraft zugeschrieben wurde; darauf wird unten zurückzukommen sein.[4]) —

Gleichfalls dem 33. Digestenbuche Julians gehört das übernächste Fragment an, D. (30) 84. Julian erörtert hier im § 2[5]) und im § 6 das legatum debiti, dazwischen (§ 5) findet sich eine Ausführung über den Konkurs von causa lucrativa und onerosa. Julian dreht nämlich den Tatbestand des legatum debiti herum: bei diesem wird, was

[1]) 'aliqua' kann sehr leicht aus 'alia qua' verschrieben sein; die Byzantiner schreiben statt 'ex aliqua causa' 'ἐπ' ἑτέρας αἰτίας', es kann also sein, daß ihre lateinische Vorlage 'ex alia qua causa' hatte, womit die Lesart des Florentinus für die Interpolationenkritik allen Wert verlöre (vgl. Schulz, Einführung 12 und 15) 'Reliquum' statt 'reliquus' kann durch Abirrung auf das 'reliquum' am Schluß des vorhergehenden Fr. 15 entstanden sein (so Arndts 276 N. 38).

[2]) l. c. [3]) Siehe oben S. 146. [4]) Unten S. 201.

[5]) Der § 2 ist oben S. 153 abgedruckt und besprochen.

schon den Gegenstand, z. B. einer Kaufschuld, ausmacht, noch einmal zum Gegenstand einer Vermächtnisschuld gemacht; wie nun, wenn umgekehrt das, was schon aus einem Damnationslegat geschuldet wird, noch einmal durch Kaufvertrag mit dem belasteten Erben zum Gegenstand einer Kaufschuld gemacht wird?

D. (30) 84, 4 und 5.

Aedes, quibus heredis aedes serviebant, legatae sunt traditae legatario non imposita servitute. dixi posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset: nam et eum, qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere.

5. Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, *hominem consequi debebit, actione ex empto pretium reciperabit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento*, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

Die §§ 4 und 5 gehören m. E. eng zusammen[1]), der gemeinsame Gesichtspunkt ist: die Leistung der vermachten Sache an den Bedachten gibt ihm mitunter noch nicht das plenum legatum. Der erste Satz des § 5 ist freilich nur die Einleitung für die folgende Entscheidung; derKäufer erwirbt die Sache ex lucrativa causa: er braucht den Kaufpreis nicht zu zahlen, könnte er ja doch, wie wir wissen, wenn er den Preis bereits gezahlt hätte, ihn mit der actio empti zurückfordern. Diese erste Entscheidung des § 5 gehört also in unsern Abschnitt A neben das Julianfragment D. (19, 1) 29[2]), und nur um den Text nicht zu zerreißen,

[1]) Nicht richtig m. E. Lenel, Pal. 1, 403, der die beiden Paragraphen trennt; wie hier Ferrini, Rend. 24, 336.

[2]) Oben S. 126.

wird sie erst hier aufgeführt. Wie ist es nun, fährt der § 5 fort, wenn der Bedachte an den Erben den Kaufpreis bereits gezahlt, die Sache aber noch nicht erhalten hat? Selbstverständlich ist die Klage aus dem Vermächtnis gegeben, aber was ist das Ziel dieser Klage? Nach unsrer Überlieferung nur die Sache; hat der Bedachte sie in diesem Prozeß erhalten, so kann er nun, nach dem Prinzip unsers Abschnitts A, mit der actio empti die Rückgabe des Preises fordern; nur wenn die actio empti bereits konsumiert ist, erhält der Bedachte schon mit der Vermächtnisklage neben der Sache den Preis[1]), weil er mit dem Empfang der Sache allein noch nicht das plenum legatum hätte. Diese Ausführung enthält indes eine noch nicht erkannte Interpolation.[2]) Durchaus einleuchtend ist es, daß mit der actio ex testamento außer der Sache noch die Rückgabe des Preises gefordert werden kann: diese Klage geht eben auf rem dare oportere ex testamento[3]), und wenn der Bedachte nicht auch den Preis zurückerhält, so hat er die Sache nicht ex testamento, er hat noch nicht plenum legatum. Unverständlich aber ist es, daß die actio ex testamento diese Kraft nur haben soll, wenn die actio empti bereits konsumiert ist; dieser Teil unseres Textes ist aber auch in einem auffälligen Latein geschrieben: 1. 'consequi debebit' statt 'consequetur'. 2. Der asyndetisch[4]) an das Vorhergehende geschobene Satz 'actione — reciperabit'; es sollte etwa dastehen 'si postea ex empto egerit, pretium reciperabit'. 3. Die beiden aufeinanderfolgenden 'quod si'. 4. 'agat' statt 'egerit'. 5. Der unnötige doppelte Subjektwechsel: 'reciperabit ... quod si ... actum fuerit (statt egerit) ... et tunc actor compererit (statt et tunc compererit). Freilich haben die Kompilatoren, wie so oft, mit klassischem Material gearbeitet, denn die geistreiche Parallele mit der

---

[1]) Arndts 328f.

[2]) Unbestimmter und zweifelnder Verdacht bei Di Marzo, Bull. 15. 119 N. 1.

[3]) Lenel, Ed. 355.

[4]) Über die Vorliebe des Spätlateins für den Gebrauch des Asyndetons siehe Löfstedt, Philolog. Kommentar zu Peregrinatio Aetheriae S. 305.

Eviktion stammt sicherlich nicht aus ihrem Kopfe. Eine sichere Rekonstruktion ist nicht möglich; der Satz 'quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit scheint freilich darauf hinzuweisen, daß vorher von dem Falle die Rede war, daß der Bedachte pretium solverit cum iam actione ex testamento actum fuerit[1]): für diesen Fall entschied wohl Julian, daß der Bedachte mit der Vermächtnisklage nur die Sache erhalte und daher bezüglich des Kaufpreises auf die actio empti angewiesen sei.[2]) Doch hat die ganze Frage für uns nur geringe Bedeutung. Denn das ergibt sich ja jedenfalls aus dem Schlußsatze: hat der Bedachte von dem Erben aus dem Kaufe die Sache erhalten, so kann er mit der actio ex testamento Rückzahlung des Preises fordern; und das gleiche muß natürlich gelten, wenn der Bedachte durch Kauf von einem Dritten die Sache erworben hätte. —

Das letzte Fragment, das uns aus Julians 33. Buche erhalten ist, redet am allgemeinsten:

D. (44, 7) 17.

Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.[3])

---

[1]) D. h. also nach der litis contestatio.

[2]) Im Anschluß an diese Entscheidung (vgl. Lenel, Pal. 1, 403) erörterte Julian den umgekehrten Fall (D. 30, 39, 2): ich habe dem Titius eine Sache verkauft, Titius vermacht mir die Sache. Wenn die Ware geleistet, der Preis aber noch nicht gezahlt ist, so entscheidet Julian: ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar, ex testamento vero, ut rem quam vendidi et tradidi recipiam. Es handelt sich hier um ein Liberationslegat (Befreiung von der actio empti), daher kann an eine actio ex testamento auf Sache und Preis nicht gedacht werden; der Bedachte hat die Sache ex testamento, wenn er sie behalten darf. Übrigens ist die Stelle interpoliert, sie handelte wohl von einem legatum sinendi modo; eine allseits befriedigende Rekonstruktion ist noch nicht gefunden. Vgl. Lenel, Pal. 1, 403; 2, 1088; H. Krüger, Grünhuts Zeitschr. 21, 302f.; Ferrini, Legati 302, Rendiconti 33, 1214f. 1216; Segrè, Studi Scialoja 1, 263.

[3]) Lenel, Pal. 1, 402. Di Marzo, Bull. 15, 109 streicht auch hier beidemal ex causa lucrativa; seine Rekonstruktion steht und fällt natürlich, wie er auch selbst zugibt, mit seinen sonstigen Interpolationsbehauptungen.

Weitere Originalfragmente Julians gibt es für unsere Frage nichs, wohl aber Berichte anderer Juristen über seine Entscheidungen.

III. Über eine Julianentscheidung berichtet zunächst Papinian im 17. Quaestionenbuche:

D. (31) 66 pr. u. § 1.

Maevius fundum mihi ac Titio sub condicione legavit, heres autem eius eundem sub eadem condicione mihi legavit. verendum esse Iulianus ait, ne existente condicione pars eadem ex utroque testamento mihi debeatur. voluntatis tamen quaestio erit: nam incredibile videtur id egisse heredem, ut eadem portio bis eidem debeatur, sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio principis, qua placuit eidem saepe legatum corpus non onerare heredem, ad unum testamentum pertinet. debitor autem non semper quod debet iure legat, sed ita, si plus sit in specie legati: si enim idem sub eadem condicione relinquitur, quod emolumentum legati futurum est?

1. Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est: non ineleganter probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem obtingere neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam.

Wieder wird im Zusammenhang mit dem legatum debiti das Concursusproblem erörtert. Allein vom Schuldvermächtnis handelt das pr.[1]) Dem Maevius ist in dem ersten Testament die Hälfte des Grundstücks vermacht worden; der belastete Erbe vermacht ihm in seinem Testament das ganze Grundstück. Julian meint, aus dem zweiten Testament könne Maevius jetzt das ganze Grundstück fordern, die Hälfte, die ihm im ersten Testament hinterlassen war, werde ihm also aus beiden Testamenten geschuldet.[2]) Pa-

[1]) Über dieses pr. handelt unbefriedigend E. Costa, Papiniano 3 (1896) S. 91; er erklärt insbesondere nicht, wie Julian zu seiner Entscheidung kommen konnte.

[2]) Costa l. c. meint, Julian habe sich die Frage vorgelegt: La porzione del fondo oggetto di tal legato sarà quella medesima dovuta

pinian ist anderer Ansicht. Das Vermächtnis der schon im ersten Testament hinterlassenen Quote könne nicht als Wertvermächtnis gedeutet werden; dem stehe zwar nicht der Erlaß des Pius[1]), wohl aber der Wille des Erblassers entgegen. Ein legatum debiti aber sei ungültig, da der Bedachte keinen Vorteil dadurch erwerbe. Julian nahm ein gültiges legatum debiti an, obwohl auch er zur Gültigkeit eines solchen ein emolumentum gegenüber der Schuld forderte[2]); dieses Plus war aber wohl seiner Ansicht nach vorhanden: das ganze Grundstück gegenüber dem halben des ersten Testaments; war aber das zweite Vermächtnis gültig, so gab er, anders als die späteren Klassiker[3]), aus diesem die Klage nicht nur auf den Überschuß, sondern auf das volle Legat.[4]) Die Grundstückshälfte wird also nach Julian aus beiden Testamenten geschuldet, aber einmalige Leistung auch des Wertes genügt, wie uns Julian gerade für diesen Fall in dem bereits oben[5]) mitgeteilten Fr. 84, 2 D. 30 ausdrücklich sagt; die Concursusregel kommt nicht zur Anwendung. Einen echten Concursusfall bringt dagegen der § 1; daß auch hier wiederum Julian der Ent-

da codesto erede per effetto del testamento o sarà una porzione diversa? Giuliano inclinava a ritenere che fosse la stessa porzione già dovuta. Papiniano per contro decide che sia una porzione diversa. Damit wird aber Julian eine ganz unmögliche Entscheidung zugemutet; der Erbe des Maevius hatte doch ausdrücklich den ganzen fundus vermacht, Julian kann ein solches Legat nicht als ein Vermächtnis einer ideellen Quote interpretiert haben!

[1]) Über diesen oben S. 154. [2]) Oben S. 152.

[3]) So die Stelle aus Papinians Responsa D. (35, 2) 5, die folgendermaßen zu lesen ist: ⟨Papinianus⟩: Verbis legati vel fideicommissi non necessarie civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis praestari necesse est. ⟨Ulpianus vel Paulus⟩: itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur. ⟨Paulus vel Ulpianus⟩: quare nec fidei committi legatarii poterit. ⟨Papinianus⟩: quod si dies aut condicio legatum fecerit, non utilitatis aestimatio, sed totum petetur, quod datum est. Der Satz 'quare — poterit' schließt offenbar unmittelbar an den ersten Satz an; bemerkt, aber nicht verwertet von Hartmann, Arch. f. Ziv. Prax. 70, 185.

[4]) Vgl. auch African D. (30) 108, 5 unten S. 178. Daß unter den Klassikern gerade über den Gegenstand dieser actio ex testamento aus dem zweiten Vermächtnisse Streit war, zeigt unzweideutig D. (31) 82 pr.

[5]) Oben S. 153.

scheidende ist, leidet keinen Zweifel.[1]) Zwei verschiedene Erblasser haben unter Belastung ihrer beiden Erben dem Titius dieselbe individuelle Grundstückshälfte vermacht; erhält der Bedachte die Quote von dem einen Erben, so wird der andere frei, denn omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Das Lob Papinians (non ineleganter) bezieht sich darauf, daß Julian im Tatbestand ausdrücklich hervorhebt 'pars fundi quae Maevii est'; fehlte es nämlich an dieser Individualisierung, so läge kein Speziesvermächtnis vor und die Entscheidung würde dann, wie Papinian im § 2 ausführt, ganz anders ausfallen müssen: sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legetur, solutio prior non peremit alteram obligationem. —

Berichte über Julianentscheidungen enthalten auch die folgenden Africanfragmente:

D. (30) 108, 1.

Si id quod ex testamento mihi debes quilibet alius servo meo donaverit, manebit adhuc mihi ex testamento actio et maxime, si ignorem meam factam esse: alioquin consequens erit, ut etiam, si tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris: quod nullo modo recipiendum est, quando ne solutione quidem invito me facta libereris.

Der Erwerb der vermachten Sache durch Schenkung bringt an sich die Vermächtnisschuld zum Erlöschen, nur in dem bezeichneten Falle tritt die normale Wirkung nicht ein. Das Argument ist dasselbe, das Paulus — wahrscheinlich aus Julian schöpfend — in dem noch zu besprechenden Fr. 83, 6 D. 45, 1 verwendet[2]): die Leistung der Sache ex causa lucrativa tilgt nur dann die Vermächtnisschuld, wenn diese Leistung, vom Vermächtnisschuldner erbracht, schuldtilgend wirken würde.[3]) Übrigens scheint das Fragment

[1]) So auch Costa 93. [2]) Unten S. 186.

[3]) Arndts 268ff.; Ferrini, Rend. 24, 341ff.; Glück, Commentario § 1526b S. 136. Verfehlt ist, was Hartmann 79f. dagegen ausführt. Er behauptet S. 80: „Der wahre Grund von Africanus' Entscheidung ist also einzig der, daß nach der besonderen Natur der Schenkung

interpoliert zu sein. Die Konjektur 'ignorem rem' statt 'ignorem' liegt freilich nahe[1]), ob sie aber richtig ist? Sachlich ist jedenfalls gegen 'et maxime — esse' einzuwenden, daß es doch nicht auf die Kenntnis von der Schenkung, sondern auf ihre Annahme durch den Herrn ankommt; man erhält indes noch keinen klassischen Text, wie P. Krüger[2]) zu glauben scheint, wenn man diesen kritischen Satz streicht: das 'eam' vor 'donaveris' paßt nicht zu dem 'id quod debes' des Eingangs. Dieses 'id quod' ist anstößig, denn dieser Ausdruck umfaßt ja jeden beliebigen Schuldinhalt, auch die fungiblen Sachen, das Concursusproblem taucht aber überhaupt nur bei Speziesschulden auf; daß African von einer Speziesschuld sprach, zeigt 'eam donaveris'. Was und warum die Kompilatoren eingegriffen haben, läßt sich nicht sagen. —

D. (30) 108, 4—6.

Africanus libro quinto quaestionum.

Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit: *si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus. tunc* magis placet inutile esse legatum, *quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit.*

5. Sed si, cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi legaverit fideique meae commiserit, ut eum alicui restituam, legatum utile erit, *quia non sum habiturus: idem iuris erit et si pecuniam a me legaverit:* multo magis, si in priore testamento fideicommissum sit. item si in priore testamento Falcidiae locus sit, *quod inde abscidit ratione Falcidiae, ex sequenti testamento consequar.*

6. Item si domino heres exstitero, qui non esset solvendo, cuius fundum tu mihi dare iussus esses, manebit tua obligatio, sicut maneret, si eum fundum emissem.

---

bei noch ausstehender Akzeptation die andere causa lucrativa noch nicht perfekt geworden ist, also auch ein wirklicher concursus c. l. überall nicht vorliegt." Das ist falsch; denn auch wenn der dominus sich mit der Schenkung nicht einverstanden erklärt, die Schenkung an den Sklaven ist doch gültig.

[1]) Arndts 268 N. 21; Mommsen ad h. l.; Ferrini l. c.

[2]) Dig.-Ausg.

Auch hier wird der concursus causarum in Verbindung mit dem legatum debiti behandelt; von diesem ausschließlich handeln die §§ 4 und 5, die Kompilatoren haben aber diese Ausführungen unter dem Eindruck der folgenden Erörterung des concursus causarum erheblich umgearbeitet. Interpoliert ist zunächst der § 4[1]); der Sinn ist: das legatum debiti ist gültig, wenn die Stipulationsforderung aus oneroser causa stammt; das emolumentum des Legats liegt hier darin, daß aus diesem der Bedachte die Sache unentgeltlich fordern kann, aus der Stipulation nur gegen Erbringung der Gegenleistung. Auf die Interpolation weist aber zunächst stilistisch außer dem unmotivierten Tempuswechsel 'placebat — placet' das abscheuliche 'sin e duabus', das man vergeblich durch Konjekturen zu beseitigen versucht hat.[2]) Sachlich betrachtet ist der Satz 'quia — possit' vollkommen ungeeignet, die Ungültigkeit eines Schuldvermächtnisses zu begründen: 'quia nec absit quicquam': der Bedachte hat ja aber überhaupt noch nichts erhalten, laut Tatbestand hat er nur eine Stipulationsforderung[3]); 'nec bis eadem res praestari possit': aus diesem Satze folgt gleichfalls nichts für die Gültigkeit oder Ungültigkeit des fraglichen Legats, denn auch wenn es gültig wäre, so wäre damit noch nicht gesagt, daß zweimal dieselbe Sache geleistet werden müßte. Dieser Begründungssatz stammt offensichtlich aus einer Ausführung über den concursus cau-

[1]) Übereinstimmend Di Marzo, Bull. 15, 100; Pernice, Labeo 2, 1 S. 268 N. 3 hielt 'sin e — possit' für unecht: damit ist m. E. zuviel und zuwenig gestrichen.

[2]) Huschke, Lindes Zeitschr. f. Zivilr. und Prozeß 2 (N. F. 1846) S. 189 wollte statt 'e duabus' 'e donationis' (scil. causa) schreiben: ein für den Klassiker unmögliches Latein. Dagegen mit Recht Ferrini, Legati 633 N. 3. Auch Mommsens Konjektur ist schlecht: sin e[um habiturus sum ex causis lucrativis] duabus; dagegen mit Recht Arndts 523. Aber auch Ferrinis Konjektur (Legati 615, 632f., Glück, Commentario § 1519a S. 200 N. a) ist unannehmbar: sin e lu[crativa causa h]abeo; ebensowenig wie der Mommsensche Text, paßt dieser zum vorhergehenden 'si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit', zu dem doch der Gegensatz folgen soll. Ablehnend auch Di Marzo l. c.

[3]) Ferrini bei Glück, Commentario l. c.: Le parole 'quia nec absit quicquam' mostrano appunto l'avvenuto adempiemento della stipulatione.

sarum lucrativarum; ich kann allerdings sagen: der Gläubiger einer Forderung aus lukrativer causa, der durch Vermächtnis die geschuldete Sache erwirbt, kann gegen seinen Schuldner nicht mehr klagen, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari potest, weil er die geschuldete Sache hat, und was er hat ihm nicht noch einmal geleistet werden kann.[1]) Die Kompilatoren haben in der Tat mit einer auch bei ihnen ungewöhnlichen Flüchtigkeit gearbeitet. Auch sonst ist in der Stelle ihre Hand bemerkbar. Unecht ist 'idem iuris — legaverit', denn a legatario legari non potest[2]); wahrscheinlich auch 'quia — habiturus', da das Objekt fehlt. Auch 'quod inde — consequar' scheint Zusatz zu sein; Küblers Konjektur[3]) 'abscedit' statt 'abscidit' ist freilich bestechend, trotzdem dürfte sie unrichtig sein[4]), da zu dem stilistischen Mangel ein sachliches Bedenken hinzutritt: wie wir aus D. (31) 66 pr. sahen[5]), gab Julian aus einem gültigen legatum debiti die actio ex testamento nicht bloß auf den Überschuß. Echt aber ist der wichtige § 6, der allein vom concursus causarum handelt. Der Bedachte hat die vermachte Sache von einem Dritten gekauft: die Vermächtnisforderung bleibt bestehen; wie wir schon sahen[6]), heißt das: der Bedachte kann von dem Erben den Wert fordern, der mit dem Kaufpreis gleichgesetzt wird. Aber auch wenn der Bedachte die Sache von einem Dritten durch Erbschaft erwirbt, ist mitunter noch die actio ex testamento gegeben: der Erwerb aus der Erbschaft ist nämlich kein Erwerb ex causa lucrativa, wenn die Erbschaft eine hereditas non lucrosa ist, d. h. wenn sie insolvent ist. Hartmann hat diese Entscheidung korrigieren

---

[1]) 'nec bis — potest' ist freilich auch in diesem Zusammenhange keine durchschlagende Begründung, denn damit ist nicht bewiesen, daß nicht wenigstens der Wert zu leisten ist (richtig Pernice, Labeo 2, 1 S. 268 N. 3); doch dürften die Worte trotzdem echt sein; ähnlich argumentiert Ulpian in D. (30) 34, 3 i. f.

[2]) Gaius 2, 271.

[3]) Voc. Iur. Rom. 1, 64 Z. 37. Mommsen wollte statt 'ratione' 'ratio' schreiben.

[4]) Freilich wird 'abscidit' nicht schon durch den Hinweis auf D. (28, 2) 9, 2 verdächtig, wie Di Marzo, Bull. 15, 126 N. 2 glaubt.

[5]) Oben S. 174. [6]) Oben S. 160 und S. 164.

zu sollen geglaubt, vom Standpunkte des justinianischen Rechts auch mit gutem Grund. African hätte, so meint er[1]), schreiben sollen: 'wenn die Erbschaft abzüglich der vermachten Sache insolvent ist, behält der Vermächtnisnehmer seine actio ex testamento'. Wenn nämlich die Erbschaft nur unter Hinzurechnung der vermachten Sache solvent sei, so müsse ja doch der Bedachte für den Erwerb der Sache etwas aus seinem eigenen Vermögen zahlen, er erwerbe also nicht ex causa lucrativa und müsse also diesen Betrag, den er an den Nachlaßgläubiger aus seinem eigenen Vermögen zu zahlen habe, von dem mit dem Vermächtnis beschwerten Erben fordern dürfen. Für das klassische Recht ist diese Argumentation falsch. Wäre sie richtig, so hätten die Klassiker besser getan, überhaupt nicht erst zwischen lukrativer und oneroser causa zu scheiden, sondern darauf abzustellen, ob der Bedachte bei dem Erwerb vom Dritten ein Vermögensopfer gebracht hat oder nicht. Darauf will in der Tat Hartmann hinaus[2]): „Hiernach kommt es also nicht auf die Natur des Erwerbsgrundes an, sondern einfach darauf, ob und inwiefern bei Gelegenheit des Erwerbs im konkreten Fall eine Aufopferung vom Erwerber gemacht wurde oder nicht." Die Meinung der Klassiker ist indes damit nicht getroffen, sie lassen nun einmal entscheiden, ob die causa gewinnbringend ist oder nicht. Wie ihnen die solvente Erbschaft eine hereditas lucrosa ist, so ist ihnen der Erwerb aus einer solchen Erbschaft ein Erwerb ex causa lucrativa. Eine causa onerosa ist für sie nicht schon dann gegeben, wenn der Erwerber irgendwelche Aufopferungen macht, sondern nur, wenn er ein Äquivalent der Sache leistet, um sie zu erwerben; das aber geschieht beim Erwerb durch Erbschaft grundsätzlich nur bei Insolvenz des Nachlasses. Nehmen wir der Einfachheit halber an, die Erbschaft bestünde lediglich aus dem Grundstück im Werte von 100, Nachlaßschulden wären in Höhe von 10 vorhanden: wenn der Bedachte das Grundstück durch Erbfolge in diesen Nachlaß erwirbt, so erwirbt er ex causa lucrativa, denn die Erbschaft ist solvent, ein Anspruch aus

[1]) S. 98. [2]) S. 97. Ebenso Di Marzo 125.

dem Vermächtnis wegen der 10 ist nicht gegeben. Betrügen dagegen die Nachlaßschulden 120, so steht fest, daß der Erbe mindestens das Äquivalent des Grundstücks aus seinem Vermögen zahlen muß, um das Grundstück zu behalten; hier ist also das Grundstück non ex causa lucrativa erworben. Man wird einwenden: wie, wenn die Schulden gerade 100 betragen? dann ist die Erbschaft solvent, und doch hat der Erbe das volle Äquivalent zu zahlen. Diesen Fall werden gewiß die Klassiker noch als causa onerosa behandelt haben, sie erwähnen ihn nur nicht besonders, weil er wohl praktisch selten vorkommt, wie sie ja auch immer nur von hereditas lucrosa und damnosa sprechen und die neutrale Erbschaft, bei der Aktiva und Passiva sich gerade decken, nicht erwähnen. Es mag freilich seltsam erscheinen, daß in dem obigen Beispiel die Klassiker bei einem Schuldenstande von 95 einen Erwerb ex causa lucrativa annahmen und eine Klage gegen den mit dem Vermächtnis Beschwerten versagten. In der Tat läßt sich das nur historisch verstehen, wenn man den Ausgangspunkt der Klassiker und insbesondere Julians kennt. Wie bereits oben beiläufig bemerkt worden ist[1]) und im Abschnitt D zusammenfassend darzulegen ist[2]), geht Julian von einer Lehre aus, nach der der Vermächtnisschuldner schlechthin frei wird, wenn der Bedachte ex alia causa die vermachte Sache erwirbt. Von diesem Satze werden von ihm Ausnahmen gemacht in Fällen, wo es dringend nötig erschien, nämlich wo der Bedachte gegen Leistung eines Äquivalents die Sache erworben hatte. Jedenfalls stimmt nur diese Auslegung des § 6 mit seinem Wortlaut überein. Die Kompilatoren waren freilich anderer Ansicht, sie standen auf Hartmanns Standpunkt, wie die Ulpianentscheidung zeigt, deren Kritik wir uns nunmehr zuwenden.

IV. D. (30) 34, 1—8.

Ulpianus libro vicensimo primo ad Sabinum.

Si ⟨eidem⟩[3]) eadem res saepius legetur in eodem testa-

---

[1]) Oben S. 169.

[2]) Unten S. 202.

[3]) Von P. Krüger zugesetzt.

mento, amplius quam semel peti non potest sufficitque vel rem consequi vel rei aestimationem.

2. Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, *bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem.*

3. Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas *eadem in eodem testamento saepius*, divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, *si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse:* idemque et in fideicommisso constituit. eiusque rei ratio evidens est, quod cadem res saepius praestari non potest, eadem summa *volente testatore* multiplicari potest.

4. Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum corpus nummorum saepius sit relictum, ut puta centum, quae in arca habet, saepius legavit: tunc enim fundo legato esse comparandum credo.

5. Sed si pondus auri vel argenti saepius sit relictum, Papinianus respondit magis summae legato comparandum, merito, quoniam non species certa relicta videatur.

6. Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur saepius relictum, idem erit dicendum, *id est saepius deberi, si hoc testator voluerit.*

7. Quod si rem emissem mihi legatam, usque ad pretium quod mihi abest competet mihi ex testamento actio.

8. Et multo magis hoc dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit *vel ipsam rem vel aliud pro ea*, aut si sub condicione legasset (alii per vindicationem) *dandi quid pro ea: nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.*

Die Interpolation dieser Stelle ist zum Teil bereits richtig erkannt worden. Der § 2 widerspricht dem Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung: der Vermächtnisnehmer kann aus beiden Vermächtnissen klagen, wie wenn es überhaupt keinen Schulduntergang infolge Zusammentreffens zweier lukrativer causae gäbe; er widerspricht aber auch dem, was Ulpian selbst in den §§ 7 und 8 ausführt. Nun

haben bereits Eisele, Pernice und Gradenwitz[1]) die Interpolation des § 3 richtig erkannt, man sah aber vorerst nicht, warum die Kompilatoren die Worte 'eadem — saepius' eingefügt haben sollten. Das wird sofort klar, wenn man annimmt, daß der ganze § 2 erst von den Kompilatoren eingeschoben worden ist: dann waren nämlich die Worte 'eadem — saepius' dringend nötig, da das Folgende — zunächst also der Bericht über das Reskript des Pius — nur von der Wiederholung des Legats in eodem testamento handelt, der Einschub aber von identischen Legaten in zwei verschiedenen Testamenten. Umgekehrt fehlt, wie bereits Lenel gesehen hat[2]), vor dem § 7 eine Ausführung des Inhalts, daß die Legatsschuld erlischt, wenn der Bedachte aus einem andern Testament durch Vermächtnis die Sache erwirbt. In dieser Lücke hat ursprünglich der jetzige § 2 gestanden[3]), freilich nicht in der überlieferten Fassung; inhaltlich wird Ulpian dasselbe gesagt haben, was wir in den Institutionen lesen:

I. (2, 20) 6.

Si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem, agere potest.

Die Kompilatoren wollten dies hinter den § 1 unseres Fragments als Gegensatz notieren: ist in demselben Testament dieselbe Sache mehrfach vermacht, so kann der Bedachte unter allen Umständen nur einmal klagen, einmalige Leistung der Sache oder ihres Wertes befreit den Erben stets; wenn dieselbe Sache in zwei Testamenten hinterlassen ist, so kann es dagegen vorkommen, daß der Bedachte zweimal klagen kann und Sache und Wert erhält, wenn er nämlich auf die erste Klage die aestimatio erhält und nicht die Sache selbst oder wenn er auf die erste Klage zwar die Sache erhält, diese aber belastet (§ 8). Das wollten

---

[1]) Eisele, diese Zeitschr. 11, 10; Gradenwitz, Interpolationen 31; siehe auch Lenel, Pal. 2, 1087.

[2]) Pal. 2, 1087 N. 6.

[3]) Richtig Di Marzo, Bull. 15, 123.

die Kompilatoren sagen, haben aber die Ulpiansche Ausführung so ungeschickt gekürzt, daß etwas ganz anderes herausgekommen ist. An dem klassischen Rechtszustande wollten sie an diesem Punkte nichts ändern, wie die Institutionenstelle und auch die §§ 7, 8 unseres Fragments deutlich zeigen; schon im gemeinen Recht hat man den Sinn, den die Kompilatoren mit dem § 2 verbanden, richtig erraten.[1]) Soweit ist die Interpolation bereits erkannt; m. E. ist aber auch der § 8 verfälscht, an dem man bisher noch niemals Anstoß genommen hat. Der überlieferte Text vertritt unzweideutig die oben bekämpfte Hartmannsche Lehre[2]): dem L ist von zwei Erblassern (T^1 und T^2) unter Belastung ihrer Erben H^1 und H^2 dieselbe Sache im Werte von 100 hinterlassen worden, T^1 hat den L fideikommissarisch beauftragt, an X 10 zu zahlen; erhält L von H^1 die Sache, so darf er von H^2 noch 10 verlangen. Es kommt also nur darauf an, ob der Legatar beim Erwerbe irgendein Opfer gebracht hat. Aber die entscheidenden Worte 'vel ipsam — ea' und 'dandi — ea' sind deutlich erkennbar ein späterer Zusatz; denn sie zerstören vollständig die Logik der Stelle: 1. 'hoc dicendum est': 'in dem eben angegebenen Falle ist das im § 7 Bemerkte zu sagen'. Im § 7 steht aber 'ad pretium competet mihi ex testamento actio': für den bezeichneten Fall des § 8 paßt das gar nicht; der Legatar, der 10 gezahlt hat, kann doch aus dem andern Testament nicht das pretium der vermachten Sache fordern, die 10 aber kann nur ein Laie als pretium bezeichnen. Vor allem aber 2. 'et multo magis hoc dicendum est': der Schluß a minori ad maius ist in dem überlieferten Text ganz unverständlich: wieso muß denn dem Bedachten, der für die Sache im Werte von 100 nur 10 (infolge des Fideikommisses) gezahlt hat, multo magis geholfen werden, als dem Legatar, der die Sache gekauft und also das volle Äquivalent gezahlt hat? Beide Rätsel lösen sich mit einem Schlage, wenn man diese Zusätze streicht. Ulpian sagte: der Bedachte, der die Sache kaufte, hat zwar die Sache, aber nicht ihr Äquivalent; der Bedachte, der die Sache kraft

[1]) Sell 116; Arndts 261; Hartmann 91f.; Schmidt 426.

[2]) Oben S. 178ff.

eines andern Vermächtnisses erwirbt, sie aber wieder herausgeben muß (infolge des Fideikommisses oder weil die Sache einem andern bedingt per vindicationem vermacht[1]) war und die Bedingung eintritt), hat nicht einmal die Sache, diesem ist also in der Tat multo magis zu helfen. In beiden Fällen kann der Bedachte aus dem andern Vermächtnis das pretium, den Wert, fordern, den Ulpian im ersten Falle wohl mit dem Kaufpreis ohne weiteres gleichsetzt. —

2. Der mit einem Fideikommiß Bedachte erwirbt die vermachte Sache ex alia causa.

Haben die Klassiker die beim Damnationslegat ausgebildete Lehre auf das Fideikommißrecht übertragen? Wir besitzen darüber nur ein einziges Fragment, nämlich

D. (32) 21, 1 und 2 = Paul. Sent. (4, 1) 19 und 20.

Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum extingui placuit, nisi defunctus aestimationem quoque eius praestari voluit.

2. Columnis aedium vel tignis per fideicommissum relictis ea tantummodo amplissimus ordo praestari voluit nulla aestimationis facta mentione, quae sine domus iniuria auferri possunt.

Di Marzo[2]) will die Worte 'ex causa lucrativa' streichen, denn 'ex causa lucrativa inventum' = 'aus lukrativer causa erworben' sei eine singuläre Ausdrucksweise: „Nessuno vorrà ascrivere a Paolo le parole ex causa lucrativa, che stanno tanto a disagio." Aber nicht die Worte 'ex causa lucrativa' sind unbequem, sondern vielmehr 'apud eum inventum' in der Bedeutung 'von ihm erworben'; 'invenire' kann freilich 'erlangen', 'bekommen' heißen[3]), doch dann

[1]) Ein bedingtes Vermächtnis an den in dem andern Testament Bedachten paßt nicht; denn wäre es ein Damnationslegat, so erhielte der Bedachte pendente condicione die Sache noch nicht; wäre es ein Vindikationslegat, so erwürbe er pendente condicione noch nichts, da in dieser Zeit der Erbe der Eigentümer ist (oben S. 128); es verstände sich daher von selbst, daß der Bedachte aus dem andern Testament klagen kann.

[2]) Bull. 15, 100.

[3]) Siehe Heumann-Seckel, Handlex. s. h. v.

müßte 'ab eo inventum' dastehen und ungewöhnlich bliebe die Ausdrucksweise doch. Dieser Sinn von 'inventum' wird aber nicht nur durch die Worte 'ex causa lucrativa' gefordert, wie Di Marzo zu glauben scheint, sondern schon durch das Wort 'extingui': es kann sich also nicht um einen Fall handeln, bei dem schon zur Zeit der Testamentserrichtung die Sache dem Bedachten gehörte, sie muß nachträglich erworben sein, um das gültig entstandene Vermächtnis zum Erlöschen zu bringen. Di Marzos Vorschlag hilft also über die wahre Verlegenheit gar nicht hinweg. Wir müssen uns indes immer gegenwärtig halten, daß die Paulussentenzen, zum mindesten in der den justinianischen und westgotischen Kompilatoren vorliegenden Gestalt, ein nachklassisches Werk sind, dürfen andererseits aber eben deshalb aus der nachklassischen Form nicht ohne weiteres auf einen nachklassischen Inhalt schließen.[1]) Schön ist der ganze Satz nicht stilisiert; 'fideicommissum' bezeichnet freilich sowohl das 'Vermächtnis' wie die 'vermachte Sache', es ist aber doch hart, daß in einem so kurzen Satze die Bedeutung wechselt: erlöschen kann nur das Vermächtnis, ex lucrativa causa erworben werden kann nur die vermachte Sache. M. E. spricht also nichts Entscheidendes gegen die Echtheit des Kerns der Entscheidung; es wäre ja auch fast unverständlich, daß die Klassiker in diesem Punkte die Regeln des Damnationslegats nicht auf das Fideikommiß übertragen haben sollten. Zweifelhaft ist dagegen die Echtheit des Schlußsatzes 'nisi — voluit', auf den im gemeinen Recht diejenigen bauten, die die Regeln des concursus causarum aus dem Parteiwillen erklären wollten.[2]) Die neueren Kritiker erklären den Satz allgemein für unecht[3]), aber ihre Gründe sind nicht durchschlagend. Ein Indiz für die Unechtheit liefert der § 2. Die Worte 'nulla aestimationis facta mentione' kann man ungezwungen nur auf den Testator (nicht auf den Senat!) beziehen; Sinn: der

[1]) Oben S. 118.

[2]) Arndts 258; Windscheid, Pand. 2 § 343a N. 6.

[3]) Gradenwitz, Interpolationen 205; Pernice, Labeo 2, 1 S. 268 N. 2; Seckel-Kübler in ihrer Ausgabe der Paulussentenzen; P. Krüger, Dig.-Ausg.; Di Marzo 100.

Senat wollte, wenn der Testator den Wert der vermachten Sachen nicht erwähnt hat, daß nur die Hausbestandteile geleistet werden, die sine iniuria domus entfernt werden können. Aber die Stellung der kritischen Worte ist ungeschickt, sie sollten hinter 'relictis' stehen; auch wünschte man hinter 'facta mentione' die Worte 'a defuncto'. Indes bei den Paulussentenzen sind solche Schönheitsfehler nicht entscheidend, es muß also bei einem non liquet bleiben. —

3. Der Stipulationsgläubiger ex lucrativa causa erwirbt die versprochene Sache ex alia causa.

Hier ist zunächst an das bereits im Abschnitt A besprochene Fr. 19 D. 44, 7 zu erinnern.[1]) Denn wenn dort Julian ausführt: die Forderung aus dem Dotalversprechen ist non ex lucrativa causa erworben, daher berührt der anderweite lukrative Erwerb der geschuldeten Sache die Stipulationsschuld nicht, so ist damit zugleich der Satz ausgesprochen: Ist die Stipulation ex lucrativa causa abgeschlossen und erwirbt der Gläubiger anderweit die Sache ex lucrativa causa, so erlischt die Stipulationsschuld. Dasselbe sagt Paulus in der folgenden interpolierten Stelle:

D. (45, 1) 83, 6.

Paulus libro septuagesimo secundo ad edictum.

Si rem, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa *lucrativa* ⟨legati⟩, evanescit stipulatio. sed si heres exstitero domino, extinguitur stipulatio. si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu: idemque esse et si sub condicione legata sit, quia et, si ipse debitor rem sub condicione legatam dedisset, non liberaretur: *sed si condicione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.*

Auch Di Marzo hält die Stelle für interpoliert[2]), wo aber die Interpolation steckt, hat er nicht erkannt. Er rekonstruiert:

Si rem, quam mihi stipulatus sum, nactus fuero, evanescit stipulatio. sed si heres exstitero domino, non extinguitur stipulatio, si a me herede defunctus eam

[1]) Oben S. 130. [2]) Bull. 15, 112f.

legavit et si sub condicione legata sit: quia et si ipse debitor rem sub condicione legatam dedisset, non liberaretur.

Ich gehe nicht zu weit, wenn ich diese Rekonstruktion für ganz unmöglich erkläre. Die behauptete Veränderung des Eingangs wäre freilich an sich nicht unglaublich; daß aber im Fortgang die Kompilatoren den angeblichen Urtext wie zum Zeitvertreib zerpflückt und so den überlieferten Text hergestellt haben sollten, wird niemand glauben; das 'idemque esse' z. B. weist doch offenbar auf ein gestrichenes Zitat, und man darf die Worte nicht einfach mit Di Marzo wegstreichen. Aber auch die Interpolation des Eingangssatzes hat Di Marzo durchaus nicht erwiesen; er behauptet ohne weitere Begründung, aus dem Satze 'quia — liberaretur' ersehe man: „qui opera la dottrina della solutio, ma sulla base del presupposto 'si rem quam stipulatus sum nactus fuero evanescit stipulatio'. Ed in vero il duplice 'ex causa lucrativa' del brano in esame non fa che introdurre un limite, logicamente estraneo al contenuto delle norme enunciate in seguito da Paolo.“ Den logischen Widerspruch des Eingangs mit dem Folgenden vermag ich indessen nicht einzusehen. Paulus lehrt: die Leistung des Dritten ex lucrativa causa an den Gläubiger einer Forderung ex lucrativa causa wirkt schuldtilgend, falls diese Leistung, wenn man sie sich vom Schuldner erbracht denkt, schuldtilgend wirken würde. Das ist aber, was Di Marzo, wie es scheint, gar nicht bemerkt hat, genau dasselbe, was wir in dem Africanfragment D. (30) 108, 1 lesen[1]); warum diese Juliansche Parallele des Obligationenuntergangs durch concursus causarum lucrativarum mit dem Untergang durch Erfüllung unlogisch sein soll, ist nicht abzusehen. Unberührt ist freilich unser Fragment nicht: 1. 'idemque esse': aus der eben betonten Übereinstimmung mit African ergibt sich mit Sicherheit, daß 'Iulianus scribit' gestrichen worden ist. 2. Das zweite 'ex causa lucrativa' ist ungenau; man denkt beim ersten Lesen unwillkürlich, der Gläubiger habe aus der eben genannten lukrativen causa, nämlich aus der Stipulation, die Sache erhalten; es sollte 'ex alia causa

---

[1]) Oben S. 176.

lucrativa' dastehen. 3. Das 'sed' des zweiten Satzes ist unverständlich; Mommsen wollte im Anschluß an Haloander und die jüngeren Vulgaten 'sed et' lesen, aber damit wird die Stelle nicht heil: die jetzt folgende Entscheidung fällt ja ohne weiteres unter die Generalregel des ersten Satzes und kann daher nicht mit 'sed et' eingeleitet werden. 4. 'si condicione deficiente remanserit': es fehlt 'apud creditorem'; warum aber überhaupt nicht einfach statt des ganzen Sätzchens 'condicione deficiente'? 5. 'petitio infirmabitur' statt lagi non potest' ist geschraubt. Vollständig rekonstruieren läßt sich der klassische Text nicht, wohl aber dem Inhalt nach erkennen. Man vergleiche Ulpian D. (30) 34, 8[1]) mit unserer Stelle:

Ulpian.	Paulus.
Der Vermächtnisnehmer erwirbt die Sache aus einem andern Vermächtnis, muß sie aber infolge eines Fideikommisses wieder herausgeben.	Der Stipulationsgläubiger erwirbt die geschuldete Sache durch Erbschaft, muß sie aber infolge eines Legats wieder herausgeben.
Er erwirbt sie aus einem andern Vermächtnis, die Sache ist aber einem andern per vindicationem bedingt vermacht.	Er erwirbt sie durch Erbschaft, die Sache ist aber einem andern per vindicationem bedingt vermacht.

M. E. wird man mit größter Wahrscheinlichkeit folgendes annehmen dürfen: Paulus sprach nicht nur von dem Erwerb des Gläubigers durch Erbschaft, sondern auch von dem Erwerb durch Legat. Setzt man im ersten Satze statt 'ex causa lucrativa' 'ex causa legati' ein, so verschwindet die oben gerügte Ungenauigkeit. Denkt man sich weiter, daß Paulus im Anschluß daran wie Ulpian etwa schrieb 'si vero testator rem legatam restituere me rogaverit, ex stipulatu agere possum', so paßt das 'sed' des folgenden Satzes vortrefflich: 'sed si heres exstitero domino extinguitur stipulatio'. Den Kompilatoren erschien der eine der beiden Fälle (Erwerb durch Legat, Erwerb durch Erbschaft) entbehrlich; sie strichen die Erörterung des Legats und formten aus dem Eingangssatze das allgemeine Prinzip. —

[1]) Oben S. 181.

C. Der Gläubiger einer bedingten Forderung erwirbt pendente condicione die geschuldete Sache. Der Vermächtnisnehmer erwirbt vor dem dies cedens die hinterlassene Sache.

M. E. spielt hier die Erwerbscausa im klassischen Recht keine Rolle: die Obligation geht zugrunde, wenn die Sache existente condicione bzw. die cedente noch in der Hand des Berechtigten ist, ganz gleich, ob der Erwerb ex causa lucrativa oder ex causa onerosa stammt. Die Kompilatoren wirkten auch hier uniformierend. Die Belege sind sehr spärlich; die Kompilatoren werden wohl die einschlägigen Ausführungen der Klassiker meistens einfach gestrichen haben, statt sie umzuformen.

1. Der Gläubiger einer bedingten Stipulationsforderung erwirbt pendente condicione die geschuldete Sache von dritter Seite.

D. (45, 1) 98 pr.	D. (18, 1) 61.
Marcellus libro vicensimo digestorum.	Marcellus libro vicensimo digestorum.
Existimo posse ⟨me⟩ id quod meum est sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus: aut, *si hoc verum non est* et ⟨si⟩ alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque *ex lucrativa causa* meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio, *et si fundi dominus sub condicione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio, et maxime* secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.	Existimo posse me id quod meum est sub condicione *emere, quia forte speratur meum esse desinere.*

Das Fr. 61 ist von den Kompilatoren eigens für den Kauftitel zurechtgemacht worden.[1] Marcellus sprach im

[1]) Di Marzo, Bull. 15, 111.

20. Buche von der Stipulation[1]); daß er den für diese entwickelten Rechtssatz noch besonders für den Kauf ausgesprochen haben sollte, ist wenig wahrscheinlich, da die Übertragung doch gar zu selbstverständlich ist. Auf alle Fälle ist 'quia — desinere' unecht: 1. was soll 'forte'? 2. 'speratur' statt 'spero'. 3. 'desinere' statt 'desiturum'. Bei einem so kurzen Sätzchen genügt das. Immerhin ersieht man aus dem Fr. 61, daß das in Fr. 98 fehlende 'me' höchstwahrscheinlich ein Schreibfehler ist, jedenfalls darf es nicht als Interpolationsindiz gebucht werden. Auch Fr. 98 ist kräftig überarbeitet. Zunächst scheint 'si hoc verum non est' eine Glosse zu aut (= alioquin)[2]) zu sein: statt 'est' müßte 'esset' dastehen.[3]) Sicher unecht ist ferner der Satz 'et si — stipulatio': die Ichkonstruktion wird plötzlich fallen gelassen ('fundi dominus' statt 'ego'), statt 'evanescit' müßte es 'evanesceret' heißen, wie vorher richtig 'peremeretur'. Das Wichtigste aber ist, daß die Worte 'ex lucrativa causa' interpoliert sind, wie bereits Di Marzo richtig erkannt hat.[4]) Sollen sie einen Sinn haben, so muß die Stipulation ex causa lucrativa geschlossen worden sein, im Tatbestand ist davon indessen nichts gesagt.[5]) Vor allem aber zerstören die kritischen Worte die ganze Logik der Auseinandersetzung. Marcellus hält ein bedingtes Stipulationsversprechen einer Sache, die im Augenblick des Versprechens dem Gläubiger gehört, für gültig; diese Frage war unter den Klassikern streitig: wie Marcellus entscheidet Pomponius[6]) und Ulpian[7]), während Paulus anderer Ansicht war.[8]) Zur Bekämpfung der Gegenansicht weist Marcellus auf deren Konsequenzen hin; dabei kann er nur gesagt haben: wer das Eigentum in der Hand des Gläubigers bei Abschluß des Vertrages als Hindernis für das Entstehen der Obligation erachtet, der muß das nachträgliche Entstehen des Gläubigereigentums obligationsver-

[1]) Lenel, Pal. 1, 623.

[2]) Über diesen Gebrauch von 'aut' siehe Georges Handwörterb.

[3]) Wegen des folgenden 'peremeretur'. [4]) l. c.

[5]) Salkowski 134 stopfte die Lücke einfach aus; dagegen mit Recht Ferrini, Rend. 24, 339.

[6]) D. (45, 1) 31. [7]) D. (30) 41, 2.

[8]) Das wird man aus Vat. 55 = D. (45, 3) 26 entnehmen dürfen.

nichtend wirken lassen; die lucrativa causa hat in diesem Raisonnement keinen Platz. In unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Interpolation steht die Einschaltung der Worte 'et maxime'[1]: für die Kompilatoren würde sich, wenn das Schweben der Bedingung für die Entscheidung unerheblich wäre, das sofortige Erlöschen der Obligation auch aus der Regel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae ergeben, nicht allein aus der im Text angeführten Schulregel. Mit diesen Interpolationen wollten die Kompilatoren auf folgenden Rechtssatz hinaus[2]: „erwirbt der Gläubiger, der sein Forderungsrecht aus lucrativer causa hat, pendente condicione die Sache ex causa lucrativa, so geht die Obligation nicht sofort unter, sondern nur dann, wenn er bei Eintritt der Bedingung noch Eigentümer ist". Sie wollten also die Unterscheidung zwischen Erwerb ex lucrativa und ex onerosa causa für die Zeit pendente condicione ebenso durchführen, wie für die Zeit nach Eintritt der Bedingung, nur mit dem Unterschied, daß der Erwerb nach Eintritt der Bedingung definitiv tilgend wirken und dem Gläubiger auch die spätere Veräußerung der Sache nichts mehr nützen sollte[3], während beim Erwerb pendente condicione die Wiederveräußerung vor Eintritt der Bedingung dem Gläubiger zugute kommen sollte. Auch das klassische Recht ist aber mit diesem Interpolationsnachweis klargestellt, es läßt sich in die beiden folgenden Sätze zusammenfassen: 1. Erwirbt der Gläubiger pendente condicione die Sache und hat er sie noch bei Eintritt der Bedingung, so geht die Obligation unter; auf die causa der Obligation kommt ebensowenig an, wie auf die causa des Erwerbs. 2. Der Gläubiger, der pendente condicione die Sache erworben hat, hat die Möglichkeit, durch Wiederveräußerung der Sache pendente condicione die Stipulation in Kraft zu erhalten. Von diesen beiden Sätzen ist der erste von keinem Klassiker bestritten worden. Den zweiten mögen manche abgelehnt haben, die die Nichtigkeit der bedingten stipulatio rei suae verteidigten mit der ihnen von Marcell entgegengehaltenen Konsequenz; diese nahmen

[1]) **Richtig auch hier Di Marzo l. c.**

[2]) **Arndts 285; Salkowski 134.** [3]) **D. (31) 66, 1 oben S. 173.**

sofortigen definitiven Untergang der Obligation an, wenn der Gläubiger pendente condicione die Sache erwirbt; aber die causa der Obligation und des Sacherwerbs war auch für sie unerheblich. —

2. Der Vermächtnisnehmer erwirbt vor dem dies cedens die vermachte Sache von dritter Seite.

I. Das bedingte Legat einer Sache, die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung dem Bedachten gehört, wird bekanntlich von den Klassikern als gültig erachtet.[1]) Mit diesem Satz ist aber nur gesagt, daß die Catonische Regel nicht zur Anwendung gelangt; damit das Legat wirksam wird, ist erforderlich, daß der Bedachte die Sache nach der Testamentserrichtung veräußert. Über den Zeitpunkt, in dem diese Veräußerung spätestens vollzogen sein muß, drücken sich die Juristen verschieden aus:

Paulus D. (35, 1) 98: Mea res sub condicione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed condicionis expletae spectari oportet.

Ulpian D. (30) 41, 2: Si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si exsistentis condicionis tempore mea non sit.

Ulpian Reg. 24, 23: Ei, qui in potestate, manu mancipiove est scripti heredis, sub condicione legari potest, ut requiratur, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

Die Juristen denken offenbar immer nur an den Fall, daß die Bedingung nach dem normalen dies cedens (Tod des Erblassers bzw. Testamentseröffnung)[2]) eintritt, dann fallen bekanntlich dies cedens und Eintritt der Bedingung zusammen. Warum ist nun in solchem Falle das Vermächtnis ungültig, wenn am dies cedens (= Tag des Eintritts der Bedingung) die Sache noch im Eigentum des Bedachten ist? Entweder, weil man überhaupt forderte, daß an dem Tage, an dem das Vermächtnis seine Wirksamkeit ent-

---

[1]) Und zwar auch von solchen Juristen, die die Gültigkeit der bedingten Stipulation der eigenen Sache bestritten; siehe Paul. D. (35, 1) 98 (verglichen mit Vat. 55), Ulp. D. (30) 41, 2. Arndts 225; Ferrini, Legati 299.

[2]) Ulp. Reg. 24, 31 und dazu Sommer, diese Zeitschr. 34, 399 ff.

faltet[1]) — das ist der dies cedens —, ein geeignetes Objekt vorhanden sein müsse; oder aber, weil man an der Regel festhielt, 'quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur'. Damit sind aber auch zugleich die beiden Möglichkeiten dargelegt, wie die Klassiker den Eigentumserwerb des Legatars vor dem dies cedens behandelt haben könnten. Forderte man am dies cedens, aber auch nur an diesem, ein geeignetes Objekt zur Wirksamkeit des Legats, so ergibt sich: Wenn der Legatar vor dem dies cedens die Sache erwirbt und sie am dies cedens noch hat, so ist das Legat unwirksam, ohne daß es auf die Erwerbscausa ankäme; veräußert er die Sache vor dem dies cedens wieder, so ist das Legat wirksam. Wer bei dem Erwerb vor dem dies cedens die Regel 'quae in eam causam rel.' anwandte, für den ergab sich: Wenn der Legatar vor dem dies cedens die Sache erwirbt, so ist das Vermächtnis ungültig, selbst wenn die Sache vor dem dies cedens wieder veräußert wird; nur wenn das Legat bedingt war und der Erwerb pendente condicione geschah, bleibt bei Wiederveräußerung pendente condicione das Legat in Kraft. Auch hier also keine Rücksicht auf den Charakter der Erwerbscausa. Das Schlußergebnis dieser Erwägungen ist also: Beim Erwerb der vermachten Sache vor dem dies cedens spielt im klassischen Recht die Erwerbscausa keine Rolle. Daraus ergibt sich, daß folgende Stellen interpoliert sein müssen:

I. (2, 20) 6.

Si res aliena legata fuerit, et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, *si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest, si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.*

Auffällig sind die Worte 'vivo testatore'. Die Glosse

[1]) Die Anwartschaft ist jetzt vererblich, wenn auch die Obligation noch nicht entstanden ist; vgl. Sommer 395f.

freilich meinte: 'Idem est si post mortem'[1]), und so erklärte man noch im jüngsten gemeinen Recht die kritischen Worte als „eine für die Hauptentscheidung irrelevante, zufällige Zutat des konkreten Falles".[2]) In der Tat blieb den Dogmatikern gar nichts anderes übrig, dem Historiker aber ist ihr Ausweg verschlossen: es handelt sich eben nicht um die Entscheidung eines konkreten Falles, sondern um eine abstrakte Erörterung, und da ist es ganz und gar nicht die Art der Klassiker, dem Tatbestand irrelevante und irreführende Elemente beizumischen. Diese Worte sind vielmehr als ein deutliches Indiz dafür zu nehmen, daß der klassische Urtext anders verlief als in den Institutionen, und sie bekräftigen unsere oben vorgetragenen allgemeinen Erwägungen. Stilistische Interpolationsindizien finden sich freilich nicht, sachlich aber fällt außer den gerügten Worten noch der Schlußsatz 'nam traditum — posse' auf: hier wird uns eine Schulregel berichtet, von der wir sonst, insbesondere aus den Pandekten, nichts erfahren; nirgends wird bei den einschlägigen Entscheidungen auf sie Bezug genommen.[3]) Man verweise nicht[4]) auf Julian D. (44, 7) 17: 'Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset'. Die Juliansche Regel ist viel enger und allein korrekt; aus der Institutionenregel muß man schließen, daß beim Zusammentreffen zweier causae onerosae die Obligation unberührt bleibt, daß das aber für das klassische Recht unrichtig ist, wurde im Abschnitt A gezeigt.[5]) So muß also der § 6 fast vollständig als Kompilatorenarbeit bezeichnet werden.[6])

---

[1]) Gl. vivo testatore ad l. c.

[2]) Hartmann 83; ebenso Arndts 277; Schmidt 416 N. 4.

[3]) Unhaltbar Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. 21, 325: „Die Regel wird nicht mehr bewiesen, sondern als letztes Beweismittel verwendet." Daraus, daß die Paraphrase des Theophilus (ed. Ferrini S. 210) die Regel lateinisch wiedergibt, folgt m. E. gar nichts; Pernice, Labeo 2, 1 S. 267 N. 2 scheint darauf Gewicht zu legen.

[4]) Unrichtig Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. l. c.

[5]) Oben S. 145ff.

[6]) Auch Di Marzo, Bull. 15, 120ff. hält die Institutionenstelle für interpoliert; er rekonstruiert natürlich seiner Grundauffassung ent-

Ähnlich ist interpoliert:

D. (31) 87 pr.

Paulus libro quarto decimo responsorum.

Titia Seio tesseram frumentariam comparari voluit post diem trigesimum a morte ipsius. quaero, cum Seius viva testatrice tesseram frumentariam *ex causa lucrativa* habere coepit *nec possit id quod habet petere*, an ei actio competat. Paulus respondit ei, de quo quaeritur, pretium tesserae praestandum, quoniam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit.

In diesem Text sind zunächst die Worte 'nec — petere' unecht.[1]) Stilistisch ist es hart, daß dasselbe 'cum' zuerst im Sinn von 'wenn' mit dem Indikativ, sodann im Sinne von 'da' mit dem Konjunktiv gebraucht wird. Sachlich betrachtet ist der Satz aus zwei Gründen verfehlt: 1. es ist nicht wahr, daß man das, was man hat, nicht einklagen kann; der Legatar, der das vermachte Grundstück gekauft hat, kann vom Erben, wie wir wissen, fundum petere. 2. Ganz besonders verfehlt ist der Satz gerade bei der Getreidekarte; wer eine Karte hat, kann doch eine zweite bekommen, da die Getreidekarte eine Genussache ist. Hirschfeld hat freilich, allein gestützt auf unsere Stelle, die Meinung vertreten, ein jeder habe nur je eine Karte haben dürfen[2]); aber die Stütze ist gebrechlich, und auch sonst ist Hirschfelds Meinung unwahrscheinlich. Es mag sein, daß in der amtlichen Liste der Bezugsberechtigten jeder nur einmal aufgeführt werden konnte; man konnte aber doch die Karte kaufen und sie ohne Umschreibung in der Liste als procurator in rem suam ausüben.[3]) Unecht

---

sprechend. Was er S. 124 zum Nachweis der Interpolation vorbringt, ist freilich ganz und gar unstichhaltig.

[1]) Damit fällt Hartmann 83. [2]) Philologus 29 (1870) S. 18; ihm folgt Karlowa, Rechtsgesch. 2, 841.

[3]) Das wird sogar die einzige Art des Kaufs einer tessera gewesen sein: Cardinali, De Ruggieros Dizionario epigrafico 3, 258 ff.; Rostowzew, Pauly-Wissowas Realenzykl. 7, 179 (Art. frumentum). Gegen Hirschfeld ausdrücklich Cardinali S. 285 Sp. 2 N. 2, freilich mit verfehlter Begründung: um den concursus causarum handelt es sich hier gar nicht.

sind ferner auch hier die Worte 'ex causa lucrativa'.[1]) 'Viva testatrice' zeigt, daß es sich um einen Erwerb vor dem dies cedens handelt, bei dem auf den Charakter der causa kein Gewicht gelegt wird. Man könnte vielleicht einwenden, daß es sich hier um ein responsum handelt und im konkreten Fall die Karte lukrativ erworben worden war. Aber die Responsen des Paulus geben nicht, wie die Digesten Scaevolas, den Tatbestand unbearbeitet wieder, und so dürfte nach der Interpolation der Institutionenstelle doch auch hier ein Eingriff der Kompilatoren wahrscheinlich sein. Paulus entschied demnach: Wäre die Karte eine individuelle Sache[2]), so bräche das Vermächtnis zusammen, da der Bedachte am dies cedens die Sache hat. Wie Paulus indes an anderer Stelle[3]) lehrt, ist der Gegenstand eines solchen Vermächtnisses eine Wertleistung: nam cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata. Das Legat bleibt daher gültig, und der Wert ist vom Erben zu leisten. — Unmittelbar neben diese Entscheidung gehört das folgende Responsum Scaevolas:

D. (32) 102, 2.

> Alumno praecepit militiam his verbis: 'Sempronio alumno meo illud et illud: et, cum per aetatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo: huic quoque omnia integra.' quaesitum est, si Sempronius ea mmilitiam sibi comparaverit, an pretium eius, *sed et id, quod pro introitu erogari solet*, ex causa fideicommissi ab heredibus consequi possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.

Auch beim Vermächtnis einer militia ist, wie D. (31) 49, 1 zeigt, eine Wertleistung geschuldet; daher ist es unerheblich, ob der Bedachte das Amt bereits erworben hat, sei es vor oder nach dem dies cedens, sei es aus lukrativer oder oneroser causa. Der Wert wird von Scaevola mit dem

---

[1]) Übereinstimmend Di Marzo 98, freilich stützt er sich zum Nachweis grade auf den unechten Satz 'nec — petere', dessen Mängel er übersehen hat.

[2]) Das heißt 'corpus' im Gegensatz zu 'quantitas': D. (30) 34, 3 'si non corpus sit legatum sed quantitas'. D. (46, 3) 94, 1.

[3]) D. (31) 49, 1.

Kaufpreise gleichgesetzt. Interpolation oder Glossem sind die Worte 'sed et — solet': stilistisch fällt 'sed' auf, das Mommsen streichen wollte, sachlich betrachtet sollte 'erogatum est' statt 'erogari solet' dastehen. —

II. Zum Schluß in diesem Zusammenhange ein Wort über den Erwerb einer a substituto vermachten Sache durch den Legatar intra pubertatem pupilli. M. E. galt für diesen Fall im klassischen Recht nichts Besonderes: das dem Substituten auferlegte Vermächtnis ist kein bedingtes Vermächtnis, der dies cedens tritt nicht erst mit dem Substitutionsfall ein[1]); es war also gar kein Grund vorhanden, den Erwerb vor dem Substitutionsfalle dem Erwerb vor dem Eintritt einer Bedingung oder dem dies cedens gleichzustellen.[2]) Wir haben auch in Wahrheit keinen Beleg, aus dem sich das Gegenteil ergäbe:

D. (31) 88, 7.

Scaevola libro tertio responsorum.

Impuberem filium heredem instituit: uxori dotem praelegavit, item ornamenta et servos et aureos decem: et si impubes decessisset, substituit, a quibus ita legavit: 'quaecumque primis tabulis dedi, eadem omnia ab heredibus quoque heredis mei in duplum dari volo.' quaeritur, an ex substitutione, impubere mortuo, dos quoque iterum debeatur. respondi non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse. item quaero, cum corpora legata etiam nunc ex *lucrativa* ⟨legati⟩ causa possideantur, an a substitutis peti possint. respondi non posse.

Hier interessiert nur das Vermächtnis der nicht zur dos gehörigen körperlichen Sachen. Unecht sind hier wohl die Worte 'ex lucrativa causa', sie lassen unklar, wer der Besitzer ist (es fehlt 'ab uxore') sowie, wenn man 'ab uxore' hinzudenkt, darüber, ob aus dem erwähnten Legat oder ex alia causa lucrativa erworben worden ist.[3]) Scaevola schrieb wohl 'ex legati causa' und fragte: wie, wenn der pupillus die Sache infolge des ihm auferlegten Vermächtnisses an den

---

[1]) D. (36, 2) 1 und 7, 4 und 5.

[2]) Das Gegenteil lehrt Arndts 293; Ferrini, Rend. 334; Glück, Commentario § 1519a S. 131. [3]) Insoweit richtig Di Marzo, Bull. 15, 99.

Bedachten geleistet hat und dieser sie noch beim Tode des pupillus besitzt? Seine Entscheidung beruht schwerlich auf einem generellen Rechtssatz etwa des Inhalts: „wenn bei einem dem Substituten auferlegten Vermächtnis der Bedachte vor dem Substitutionsfall die Sache erwirbt, so kann er sich die Wirksamkeit des Vermächtnisses erhalten, wenn er die Sache vor dem Substitutionsfall wieder veräußert.[1])" Die Entscheidung ergibt sich vielmehr aus der folgenden einfachen Erwägung: der Erblasser hat zweimalige Leistung angeordnet, dieselbe individuelle Sache kann nicht zweimal geleistet werden, an ein Wertvermächtnis denkt der Testator nicht, also kann das dem Substituten auferlegte Vermächtnis nur den Sinn haben: der Substitut soll die Sachen leisten, wenn der Bedachte sie nach Empfang vom pupillus inzwischen wieder veräußert haben sollte.

Noch weniger folgt aus

D. (30) 45 pr.

Pomponius libro sexto ad Sabinum.

Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem easque tu a pupillo emisses et antequam scires tibi legatas esse alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant.

Wenn noch Ferrini als Tatbestand dieser Entscheidung angab, che il legatario acquista la proprietà della cosa legata e la perde prima che s'avveri il caso di sostituzione und dazu in der Anmerkung die Worte 'antequam scires tibi legatas esse' zitierte[2]), so war eine solche Auslegung die bare Willkür; statt 'antequam — esse' müßte doch dann 'vivo pupillo' dastehen. Die Stelle läßt sich, wenn man ihr nicht Gewalt antun will, nur folgendermaßen erklären: die vorjulianische Jurisprudenz, der sich Pomponius im Sabinuswerke, wie wir schon wiederholt gesehen

[1]) Das meint Arndts l. c. M. E. wäre ein solcher Satz (nach meinen obigen Ausführungen S. 192 f.) sinnlos; warum soll denn gerade das Eigentum beim Substitutionsfall dem Legat im Wege stehen? Der Substitutionsfall ist nicht der dies cedens, und mit dem Satze 'quae in eam causam rel.' kann man auch nicht operieren.

[2]) Rend. l. c., legati 610, er hat aber Vorgänger, Westphal (vgl. Arndts 337) und wohl auch (unklar) Salkowski 146.

haben[1]), anschließt, ließ die Vermächtnisschuld untergehen, wenn nach dem dies cedens der Bedachte den vermachten Gegenstand erwarb, gleichgültig aus welcher causa; das Vermächtnis blieb aber in Kraft, wenn der Bedachte die Sache wieder veräußerte, ehe er von dem Legat Kenntnis erhalten hatte. Warum freilich Pomponius diesen Satz besonders für das Vermächtnis vom Pupillarsubstituten aussprach, und was die Juristen veranlaßte, gerade die Kenntnis des Bedachten als entscheidenden Termin anzunehmen, das läßt sich leider nicht ermitteln. Die Stelle steht eben völlig isoliert da, auch der Zusammenhang, in dem sie bei Pomponius gestanden hat, ist nicht erkennbar[2]), und so müssen uns die rationes dubitandi wie die Motive der Entscheidung freilich verborgen bleiben. Eine vollkommene Erklärung des Fragments ist daher allerdings nicht möglich.[3]) —

D. Ergebnisse.

Die langwierige kritische Wanderung durch das klassische Trümmerfeld war nicht zu vermeiden; denn sooft auch im 19. Jahrhundert diese Fragmente behandelt worden sind, nirgends wird eine vollständige kritische Übersicht über den merkwürdig komplizierten Quellentatbestand geboten. Wie bei vielen interpolationenkritischen Untersuchungen, so bleiben auch hier manche Einzelheiten im ungewissen; über die Hauptsachen dürfte indessen doch Klarheit gewonnen sein.

I. Die Lehre, die beim Erwerb der geschuldeten Sache ex alia causa nach der Natur der Erwerbscausa unterschied, wie sie uns in den allermeisten Fragmenten entgegentritt, läßt sich nicht über Julian hinaus zurückverfolgen.[4]) Auf Julian geht der überwiegende Teil dieser Entscheidungen zurück, andererseits wird nirgends auch nur ein einziges Mal Labeo, Sabinus oder ein anderer Jurist des ersten Jahr-

---

[1]) Oben S. 146 und S. 169.

[2]) Lenel, Pal. 2, 102; schon der § 1 des Fragments handelt von ganz anderen Dingen.

[3]) Die Stelle ist bekanntlich eine alte crux: siehe Arndts 336ff.

[4]) Richtig schon Karlowa 2, 836; Ferrini, Rend. 24. 329f.

hunderts zitiert.[1]) Wäre der Institutionenbericht (2, 20) 6 echt, so möchte man eine solche Schulregel freilich lieber in das erste Jahrhundert, wenn nicht gar in die republikanische Zeit versetzen, aber dieser Bericht ist verfälscht.[2]) So wird man also diese Lehre als eine Neuschöpfung Julians ansehen müssen.[3]) Man hat gegen eine solche Annahme eingewandt, Julian spräche in den einschlägigen Entscheidungen mit einer so selbstverständlichen Bestimmtheit, daß nicht daran zu denken sei, es handele sich hier um etwas Neues; nirgends finde sich eine Polemik gegen andere abweichende Meinungen seiner Vorgänger.[4]) Dieser Einwand schlägt indessen nicht durch. Man vergleiche beispielsweise die von Wlassak[5]) entdeckte Theorie Julians über den Vermächtniserwerb. Hier handelt es sich sicherlich um eine Neuschöpfung Julians; in seinen uns erhaltenen Entscheidungen aber wird nirgends gegen eine frühere abweichende Lehre polemisiert, nirgends auch nur in der Formulierung ausgedrückt, daß es sich nicht um altes gesichertes Rechtsgut handelt. Entweder war dies der Stil Julians oder aber[6]) es ist uns gerade die Ausführung nicht erhalten, in der Julian zum ersten Male seinen Standpunkt näher bezeichnete. Auch daß wir bei den späteren Juristen keinen Hinweis auf die frühere Lehre finden, darf nicht beirren. Unser Material ist, wie die Abschnitte A und B zeigen, sehr spärlich. Nachjulianische Äußerungen zu unseren Fragen besitzen wir nur von Papinian, Tryphonin, Ulpian und Paulus. Papinian erwähnt Julian zweimal[7]) zustimmend und lobend, seiner Art entspricht es nicht, Gegenmeinungen anzuführen. Bei Tryphonin[8]) ist es ungewiß, ob er Julian oder Papinian oder beide ausschreibt, einen Gewährsmann zitiert hat er

---

[1]) Richtig Ferrini 337. Sicher unrichtig ist es, wenn Pernice, Labeo 2, 1 S. 268 sich auf D. (30) 45 pr. beruft; die Stelle ist durchaus kein Beleg für die Lehre: oben S. 198. Unrichtig auch Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. 21, 325.

[2]) Oben S. 193f. [3]) So auch Ferrini, Rend. 24, 329ff. 334.

[4]) Karlowa l. c.; Brinz, Pand. 2 S. 464; Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. l. c.; Di Marzo, Bull. 15, 92f.

[5]) Diese Zeitschr. 31, 196ff., insbesondere 236ff. 246ff.

[6]) Wlassak 237. [7]) Oben S. 163 und S. 173.

[8]) Oben S. 163.

auf alle Fälle; längere Ausführungen über die Prinzipienfrage verbot ihm indessen der Zusammenhang, in dem er schrieb. Es bleiben die Fragmente von Ulpian und Paulus: aber in diesen Fragmenten wird überhaupt niemand zitiert, auch nicht Julian; entweder haben also die Kompilatoren gründlich mit den Literaturberichten aufgeräumt — Spuren ihrer Hand finden sich ja durchweg —, oder aber für diese Juristen stand die Sache nunmehr fest, nachdem sich auch Papinian für Julian ausgesprochen hatte.

Schließlich haben wir auch deutliche Spuren einer von Julian abweichenden Doktrin aus der vor ihm, jedenfalls vor seinem Digestenwerk, liegenden Periode. Die drei Stellen aus dem vor Julians Digesten geschriebenen Sabinuswerk des Pomponius[1]) stützen sich wechselseitig und weisen übereinstimmend auf eine Lehre hin, nach der jede Forderung auf eine Speziessache erlosch, wenn der Gläubiger, gleichviel aus welcher causa, die geschuldete Sache erwarb.[2]) Aber auch wenn wir diese Zeugnisse nicht besäßen, so müßten wir doch wenigstens in der Sabinusschule des ersten Jahrhunderts eine derartige Lehre annehmen, denn sie ergibt sich ohne weiteres aus der von dieser Schule streng festgehaltenen[3]) Regel: 'quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur'.[4]) Wenn diese Regel bei der Konfusionstheorie ihre Rolle gespielt hat, so ist nicht abzusehen, warum sie nicht auch in unserer davon gar nicht so weit entfernten[5]) Lehre wirksam gewesen sein sollte. Wie sich die Proculianische Schule verhalten haben mag, läßt sich nur unvollkommen erkennen. Sie verwarf auch sonst die genannte Regel nicht vollständig, hielt sich aber nicht so streng wie die Sabinianer an sie gebunden.[6]) Aus unserer

---

[1]) Oben S. 146, S. 169 und S. 198.

[2]) So auch Ferrini, Rend. 24, 330.

[3]) Siehe P. Kretschmar, Theorie der Konfusion S. 12.

[4]) Gaius 4, 78; D. (34, 8) 3, 2; (8, 1) 11; (45, 1), 98 pr.; (45, 1) 140, 2; (9, 2) 16; I. (2, 20) 14. Kretschmar 8ff.; Hellmann, Arch. f. Ziv. Prax. 90, 370.

[5]) Vgl. P. Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung (1905) S. 117.

[6]) Kretschmar 12.

Auslegung des Fr. 45 pr. D. 30 ergab sich[1]), daß der Proculianer Neratius und der den Proculianern mindestens nahestehende Aristo[2]) die Vermächtnisforderung für gültig erachteten, wenn der Bedachte die vermachte Sache erworben, aber ohne vom Vermächtnis Kenntnis zu haben, wieder veräußert hatte. Dieses Zeugnis paßt vortrefflich zu dem, was uns Gaius von der Konfusionstheorie der Proculianer berichtet[3]):

> Unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo ab initio consistere non potuerit, ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse. diversae scholae auctores quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.

So erweist sich denn also die im gemeinen Recht vielfach vertretene Unmöglichkeitstheorie für das frühklassische Recht allerdings als zutreffend. Sie liegt auch für eine primitivere Auffassung der Sachlage ungemein nahe: der Gläubiger hat die geschuldete Sache, also kann sie ihm nicht mehr geleistet werden, also ist der Schuldner frei.

II. Julian wahrt sich auch hier[4]) gegenüber den traditionellen Dogmen der eigenen Schule seine volle Selbständigkeit. Er bildet die altsabinianische Lehre um, indem er die starre, gerade in diesen Fragen vielfach zu unangemessenen Ergebnissen führende Schulregel einschränkt. Den Ausgangspunkt bildet diese Regel unausgesprochen auch für ihn: daher beziehen sich seine Ausführungen ausschließlich auf die Speziesschulden[5]), denn nur bei ihnen greift

[1]) Oben S. 198. [2]) Kretschmar 25.

[3]) 4, 78. [4]) Vgl. Wlassak 237.

[5]) So ausdrücklich D. (44, 7) 17 oben S. 172 und (31) 66, 1 und 2. oben S. 173f.; implizite sämtliche anderen Stellen: richtig Arndts 271. Man hat sich für das Gegenteil auf D. (46, 3) 61 berufen (Hartmann 85; Schmidt 422): In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Die Stelle hat aber mit unserer Lehre gar nichts zu tun: Lenel, Pal. 1, 1154.

die Schulregel ein; daher bleibt auch die Forderung schlechtweg bestehen, wenn der Gläubiger von dritter Seite nicht die Sache, sondern die litis aestimatio erhalten hat[1]); auch hier war für die alte Regel kein Raum, und ihren Wirkungskreis einzuschränken, nicht ihn auszudehnen, dahin ging Julians Tendenz.

Die neue Lehre Julians tritt uns kurz und bündig in der Antithese gegenüber: 'cum emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integram actionem retinet, sicut ex contrario qui ex causa emptionis rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.[2]) Man kann hierin eine Vermittelung zwischen der altsabinianischen und der proculianischen Lehre sehen: Sabinianisch ist es, daß die Schuld, wenn sie überhaupt erlischt, definitiv erlischt, eine spätere Weiterveräußerung durch den Gläubiger also nichts mehr ändert (neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam[3]); Proculianisch ist es, daß von der alten Regel Ausnahmen gemacht werden. Welche Erwägungen Julian bei seiner Neuschöpfung leiteten, verraten uns seine Entscheidungen nicht, einiges läßt sich indes doch erkennen.

1. Jedenfalls ist es nicht die Rücksicht auf den Parteiwillen, der Julians Theorie ihre Entstehung verdankt. Freilich hat man im gemeinen Recht vielfach den Parteiwillen zur Erklärung angerufen[4]), aber man operierte dabei mit einem fingierten Willen; nirgends berufen sich auch die Klassiker für ihre Entscheidungen auf den Parteiwillen[5]) und vor allem: D. (30) 84, 2 und 86, 1[6]) zeigen deutlich, wie die Rechtslage sein würde, wenn der Wille z. B. des Testators darauf gerichtet war, daß der Erbe auch durch die unentgeltliche Leistung der vermachten Sache seitens eines Dritten frei werden solle: nicht nur die Leistung

---

[1]) I. (2, 20) 6 i. f. oben S. 182.

[2]) Oben S. 130.

[3]) D. (31) 66, 1 oben S. 173.

[4]) Vgl. Arndts 257; Schmidt 440; Mommsen, Beitr. 1, 256; Windscheid, Pand. § 243a Note.

[5]) D. (32) 21, 1 ist interpolationsverdächtig; oben S. 184 f.

[6]) Oben S. 153 f.

der Sache würde hier den Erben befreien, sondern ebenso auch die Leistung der litis aestimatio.[1])

2. Verhältnismäßig leicht ist das eine Stück der Julianschen Theorie zu erklären. Der Gläubiger einer Forderung ex causa lucrativa, insbesondere also der Vermächtnisnehmer, behält seine Klage, wenn er von dritter Seite die geschuldete Sache ex causa onerosa erwirbt, er verliert sie, wenn er lukrativ erwirbt. Der Gedanke, der dieser Unterscheidung zugrunde liegt, ist zweifellos der folgende: Der Vermächtnisnehmer, der die Sache käuflich erworben hat, hat nun zwar die Sache, es 'fehlt ihm aber doch noch etwas', er hat noch nicht 'plenum legatum'. Julian vergleicht ihn[2]) mit einem Bedachten, dem der Erbe einen verstümmelten Sklaven oder ein Grundstück ohne die dazu gehörigen Servituten geleistet hat. In solchen Fällen kann der Bedachte das verlangen, was ihm noch fehlt (quod abest)[3]), beim käuflichen Erwerb der Sache heißt das: den Kaufpreis. Prozessualisch betrachtet klagt der Bedachte einfach auf 'rem dare oportere ex testamento' wie immer, wenn unvollständig geleistet ist, und die erbrachte Leistung nicht einen ideellen Teil der geschuldeten Leistung darstellt.[4]) Erwirbt der Bedachte vom Dritten ex causa lucrativa, so erlischt die Vermächtnisschuld: dem Bedachten 'fehlt nichts', 'nihil ei abest'.[5]) Nur eine generelle Ausnahme macht Julian auch hier[6]): die Leistung der Sache durch den Dritten bringt die Schuld nur dann zum Erlöschen, wenn die gleiche Leistung, vom Schuldner erbracht, schuldtilgend wirken würde. Daher hat der Bedachte gegen den Erben auch bei lukrativem Erwerb eine Klage, wenn der Eintritt einer Bedingung ihm die erworbene Sache

---

[1]) Siehe auch Ferrini, Rend. 24, 327. [2]) Oben S. 170.

[3]) Diese Formel in D. (30) 34, 7; 82, 2; 108, 4 oben S. 181, 160, 176. Nicht berufen möchte ich mich dagegen auf das folgende, in der Literatur öfters zitierte Fragment: Paul. D. (50, 16) 14 pr.: Si dominus rem, quae furto sibi aberat, ignorans emerit, recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit, quia videtur res ei abesse, cui pretium abest. Hier wird eben nur das furto abesse erläutert (Lenel, Ed. 84); in unserer Lehre argumentieren die Juristen nirgends so.

[4]) D. (46, 3) 27, (45, 1) 131, 1. [5]) D. (30) 108,4 oben S. 176.

[6]) Oben S. 175 und S. 186 f.

wieder zu entreißen droht, oder wenn kraft eines Vermächtnisses die Sache in seinem Vermögen nur einen durchlaufenden Posten darstellt.

3. Viel schwieriger liegt die Sache bei dem Gegenstück zu dieser These. Der Gläubiger einer Forderung ex causa onerosa, insbesondere also der Käufer, behält seine Klage, wenn er von dritter Seite die geschuldete Sache ex causa lucrativa erwirbt. Wie begründete Julian diese Klage? Und wie begründete er die Beschränkung der Klage auf den Fall des lukrativen Erwerbs? Die erste Frage läßt sich nicht beantworten; ob Julians Parallele mit der Eviktion in D. (30) 84, 5[1]) mehr ist als ein gelegentlicher Vergleich, bleibt ungewiß. Noch brennender ist vielleicht die zweite Frage. Wenn der Käufer, der ex causa lucrativa erworben hat, ex empto klagen kann, warum nicht erst recht[2]) der oneros Erwerbende? Und wenn der Vermächtnisnehmer, der von einem Dritten die Sache gekauft hat, ex testamento klagen darf, warum versagt man dann dem Käufer die actio empti, wenn er von einem Dritten die Sache gekauft hat? Bei dem Mangel aller und jeder Andeutung in den Quellen läßt sich auch hier eine Erklärung nur vermutungsweise geben. Julian ging wohl vom Vermächtnisrecht aus; hier gelangte er dazu, dem Bedachten, der die Sache oneros erworben hatte, unter dem Gesichtspunkt der unvollständigen Befriedigung eine Klage zu gewähren. Unbedenklich konnte er dieses Ergebnis ausdehnen auf andere Forderungsrechte ex lucrativa causa. Bei den Forderungen aus oneroser causa glaubte er analog zu verfahren, wenn er entsprechend dem Gläubiger, der aus gleichartiger (also oneroser!) causa die Sache erwarb, die Klage versagte, den concursus zweier causae onerosae also

---

[1]) Oben S. 170.

[2]) Vgl. Bekker, Jahrb. d. gem. deutsch. R. 6, 290: „Die Eviktionsklage dem geben, dem die evinzierte Sache von einem Dritten umsonst überlassen wäre, und dem sie vorenthalten, der den Dritten für die Überlassung bezahlt hätte, liefe wider die juristische Vernunft.“ Richtiger die leider nur allzu knappen Bemerkungen Rabels, Haftung 1, 80 und vor allem Siber, Plancks Kommentar zum BGB., 4. Aufl., N. 1c zu § 362 S. 471 (unten S. 208).

ebenso behandelte wie den zweier causae lucrativae und eine Klage nur gewährte, wenn der Gläubiger aus einer ungleichartigen (also lukrativen!) causa erwarb.[1]) Dabei leitete ihn wohl auch die Erwägung: der Schuldner ex causa onerosa (z. B. der Verkäufer) hat einen Gegenanspruch; diesen darf der Mitkontrahent (z. B. der Käufer) nicht durch willkürliches Eingreifen, wie es der Kauf von dritter Seite wäre, vernichten; dagegen „darf man vom Käufer allerdings nicht erwarten, daß er nur dem Verkäufer zuliebe ein ihm angebotenes Geschenk oder Vermächtnis ausschlägt"[2]): der Käufer darf daher bei lukrativem Erwerb, aber auch nur bei einem solchen, die Zahlung des Kaufpreises verweigern und den gezahlten Preis zurückfordern. Mögen indes diese Erklärungen das Richtige treffen oder nicht, an der Tatsache, daß nach Julians Lehre dem Gläubiger ex causa onerosa nur bei lukrativem Erwerb von dritter Seite eine Klage gewährt wurde[3]), darf nicht gerüttelt werden.

4. Lukrativ ist eine Erwerbscausa, wie schon der Name sagt, dann, wenn der Erwerb dem Erwerber ein lucrum bringt, also beim unentgeltlichen Erwerb. Opfer, die der Erwerber beim Erwerbe bringt, die sich aber nicht als Entgelt darstellen, machen natürlich die causa noch nicht zu einer non lucrativa. Der Legatar, der die vermachte Sache im Werte von 100 aus einem andern Testament erwirbt und etwa kraft eines ihm auferlegten Fideikommisses an X 10 zu zahlen hat, hat ex causa lucrativa erworben, denn der Erwerb bringt ihm ein lucrum.[4]) Die typischen Fälle der causae lucrativae stellt die zu Steuerzwecken gefertigte Liste in Nov. Theod. 22, 2 (= C. Iust. 10, 36, 1, 3) zusammen:

> Lucrativas vero res eas tantum volumus appellari atque praedictae descriptionis gravamen excipere, quae hereditatis legati fideicommissi iure mortis causa donatione vel cuiuslibet postremae voluntatis arbitrio ad quempiam

---

[1]) So läuft jedenfalls die Argumentation in D. (44, 7) 19 oben S. 130.

[2]) Worte Sibers l. c.; derselbe Gedanke auch schon bei Dernburg, (Lindes) Zeitschr. f. Zivilr. und Prozeß, N. F. 2, 25.

[3]) Oben S. 146. [4]) Oben S. 179, 183.

delabuntur. Inter vivos etiam donatio simplici liberalitate confecta lucrativae merebitur et nomen et sarcinam.

Unter Umständen ist freilich nach der klassischen Lehre der Erbschaftserwerb ein Erwerb ex causa non lucrativa, wenn nämlich die Erbschaft nicht solvent ist: dann bringt der Erwerb kein lucrum, dann muß der Erbe, wenn er die Sache behalten will, dafür das Äquivalent aus eigener Tasche zahlen perinde ac si rem emisset.[1])

5. Wohl bereits Julian wandte seine Theorie nicht an beim Erwerb der vermachten Sache vor dem dies cedens.[2]) Auch hier geben die Quellen über den Grund dieser Einschränkung keinen Aufschluß. Jedenfalls wäre aber Julian, wenn er auch hier seine Lehre durchgeführt hätte, in Konflikt geraten mit der Behandlung des (bedingten) Legats einer von Anfang an im Eigentum des Bedachten stehenden Sache[3]); er hätte auch hier, wenn der Legatar im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die Sache ex causa onerosa besaß, das Legat als gültig erachten müssen, selbst wenn der Legatar in der Folgezeit die Sache nicht veräußerte und auch bei Eintritt der Bedingung noch Eigentümer war. Ob auch beim Erwerb einer bedingt geschuldeten Sache schon Julian seine Causalehre fernhielt, können wir nicht sagen: wir besitzen nur das eine Fragment des Marcellus, das sich in der Tat in diesem Sinne ausspricht.[4])

III. Den Kompilatoren erschien die klassische Lehre teils zu kompliziert und teils zu einfach. Sie griffen in dreifacher Richtung ein:

1. Die Institutionenregel vereinfacht das klassische Recht dahin, daß nur beim Zusammentreffen zweier causae lucrativae das Erlöschen der Schuld eintritt; der Konkurs zweier causae onerosae läßt also die Schuld, anders als nach Julians Lehre, unberührt.[5])

2. Dagegen erschien ihnen das klassische Abstellen auf die Erwerbscausa nicht individuell genug. Ein Erwerb ex causa non lucrativa lag ihrer Meinung nach schon dann vor, wenn der Erwerber beim Erwerbe irgendwelche Opfer gebracht hatte.[6])

---

[1]) Oben S. 178. [2]) Oben S. 155 ('die cedente'!). [3]) Oben S. 192. [4]) Oben S. 189. [5]) Oben S. 193ff. [6]) Oben S. 179f., 183.

3. Schließlich führten sie die klassische Unterscheidung auch beim Erwerb pendente condicione und vor dem dies cedens durch.[1])

Als Verbesserungen wird man diese byzantinischen Änderungen schwerlich bezeichnen können, ganz abgesehen von der unerfreulichen Technik, mit der sie eingeführt worden sind. Die Regelung war nun noch schematischer geworden als es die klassische schon war, denn weder das unbedingte Erlöschen beim Zusammentreffen zweier causae lucrativae, noch das unbedingte Unberührtbleiben der Schuld beim Zusammentreffen anderer causae erscheint unserer heutigen dogmatischen Betrachtung als angemessen. Freilich ist über das dogmatisch Richtige auch heutigen Tages noch keine Einigung erzielt, obwohl sich der Dogmatiker nicht mehr durch interpolierte Fragmente hindurchzuarbeiten braucht und das BGB. alles der Wissenschaft überläßt. Das Umsichtigste und Freieste aus den neueren dogmatischen Erörterungen unseres Problems sind m. E. die Ausführungen Sibers[2]), mit denen verglichen die

[1]) Oben S. 191 und S. 192ff.

[2]) Seine Lehre geht dahin (Plancks Kommentar, 4. Aufl., N. 1c zu § 362 BGB. S. 471): 1. Bei Konkurrenz mehrerer lukrativer Erwerbsgründe wird mit dem römischen Rechte meist insoweit Erlöschen der Schuld anzunehmen sein, wie der Erfolg des eingetretenen Erwerbes für den Gläubiger absolut der gleiche ist wie im Fall der Schulderfüllung [Julians Formel! oben S. 204 N. 6]; soweit das nicht der Fall ist, soweit etwa der Beschenkte den Schenkgegenstand durch Vermächtnis, aber mit einer Auflage belastet, erworben hat, ergibt nur die Auslegung des Schenkversprechens, ob er von dem Schenker eine Ausgleichung des Minderwertes zu fordern hat, natürlich stets mit der Maßgabe, daß dadurch der Schenker nicht über das ursprüngliche Maß hinaus belastet werden darf. — 2. Ähnlich steht es, wenn der Beschenkte den Gegenstand durch Kauf erwirbt; nur wird hier die Auslegung meist ergeben, daß er damit den Anspruch gegen den Schenker vollständig verliert, wenn er den Kaufpreis nicht unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung für den Schenker oder, falls dieser im Verzuge und der Kauf ein dringliches Deckungsgeschäft war, nach § 286 ersetzt fordern darf. — 3. und 4. Wenn endlich der Käufer die geschuldete Spezies aus dritter Hand erwirbt, so wird sein Anspruch gleichfalls nur insoweit fortbestehen können, wie nach dem Gesamtergebnis der Erfolg des Erwerbes von dem Dritten hinter dem eines Erwerbes vom Verkäufer zurückbleibt, und der Verkäufer wird, außer bei Verzug, durch den fortbestehenden

klassische und noch mehr die byzantinische Ordnung primitiv und schablonenhaft erscheinen. —

Anspruch keinenfalls mehr als durch den ursprünglichen belastet werden können. Für die Frage nach der Fortdauer des Kaufpreisanspruchs aber wird es wieder darauf ankommen, ob der Erwerb aus dritter Hand lukrativ oder oneros ist. Daß der Käufer nur dem Verkäufer zuliebe ein ihm angetragenes Geschenk oder Vermächtnis ausschlägt, wird niemand von ihm erwarten, und darum wird die Auslegung des Kaufvertrages nach § 157 niemals Fortdauer des Kaufpreisanspruchs, aber doch unter Umständen eine Verpflichtung ergeben, den Verkäufer wegen schon gemachter Aufwendungen schadlos zu halten. Wenn er dagegen die Sache vom Dritten kauft, so wird die Fortdauer des Gegenanspruchs im Umfange des § 324 angebracht und, wenn nicht schon nach § 242, durch Analogie des § 324 Abs. 2 zu begründen sein. — Unbefriedigend m. E. Enneccerus, Lehrb. des Bürg. R. 1, 2 (1912) § 300; Kuhlenbeck-Staudinger, Vorbem. zu III. Abschn. des Rechts der Schuldverh. V 4 S. 363.

VI.

Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus, 39, 6.

Von

Herrn Professor Dr. **Franz Haymann**
in Rostock.

Papinianus libro tertio decimo responsorum Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem judicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo

certae conditionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Im letzten Band dieser Zeitschrift (S. 325f.) hat Koschaker in einer interessanten Miszelle den Nachweis versucht, daß der größte Teil des vorstehenden berühmten Fragments, insbesondere der zweite Satz mit igitur sowie alles Weitere von incurrebat haesitatio an nicht auf Papinian, sondern auf eine schulmäßige Paraphrase der im Ergebnis gleichlautenden Entscheidung des Klassikers durch eine nachklassische vorjustinianische Rechtsschule zurückzuführen sei und somit als ein Beispiel einer vorjustinianischen Interpolation im corpus juris zu gelten habe. Eine Nachprüfung dieser kühnen Hypothese hat mich zu einer abweichenden Abgrenzung des klassischen Gehalts dieses seit Jahrhunderten so sehr umstrittenen Papinianfragments geführt, deren Begründung zugleich Anlaß geben wird, auf die Ansicht Koschakers und die bisherigen Erklärungsversuche[1]) zurückzukommen.

1. Was zunächst die Form des zwischen der Seja und ihrem Kognaten Titius abgeschlossenen Geschäfts betrifft, so nehmen die meisten[2]) nach dem Vorgang Kellers eine

---

[1]) Die ältere Literatur bei Keller, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 400 Note 1, S. 404 Note 6 und bei Costa, Papiniano IV S. 194. Die neuere bei Koschaker a. a. O. S. 325, außerdem Papinian 702 Lenel, Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren S. 62. 149; Albertario in Sav.-Zeitschr. Bd. 32 S. 322f.; Last in Iherings Jahrbüchern Bd. 62 S. 167; Senn, Études sur le droit des obligations, tome 1er la donation à cause de mort (1914) p. 42ff. 57. 168ff.; Biondi, Appunti interno alla donatio mortis causa 1914, S. 38.

[2]) Literatur bei Felix Senn, La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif ... in Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéic Girard (1912) p. 287 Note 3. Gegen Fiducia Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II S. 570, mit der unrichtigen Begründung, ihr sei nur ein „materieller Eigentumsübertragungszweck zugrunde gelegt" worden, und vorher schon Huschke in Lindes Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. 2 S. 262 mit der ebenso unrichtigen, „mit der fiducia werde

Übertragung des Vermögens durch mancipatio oder in jure cessio an, weil sie mit Keller die Abrede über den eventuellen Rückfall der bona an die Schenkerin durch pactum fiduciae zustande gekommen glauben, wie sich aus dem für fiduciae judicio im dritten Satz interpolierten bonae fidei judicio ergäbe. Aber diese Annahme scheitert daran, daß, wie sich aus dem Plusquamperfekt cessisset und dem nachfolgenden recepit et convenit in dem zweifellos echten ersten Satz ergibt, die Nießbrauchsbestellung und Abrede über den zukünftigen Eigentumsrückfall der Abtretung der bona erst durch besonderen Rechtsakt nachgefolgt sein muß. Wäre fidi fiduciae manzipiert oder in jure zediert, so hätte der Klassiker nicht cessisset, sondern nur cederet schreiben können. Positiv hingegen läßt sich m. E. über die Form der Übertragung des Vermögens auf den Titius nichts sagen. Das cessisset braucht nicht auf ein ursprüngliches in jure cessisset zurückzuweisen, sondern kann ganz farblos gemeint sein, wie etwa das inque vacuam possessionem monumenti supra scripti cessit in der donatio der Statia Irene.[1]) Wir wissen ja gar nicht zu sagen, ob die proprietas an allen Vermögensstücken durch das ursprüngliche Geschäft schon gültig übertragen worden ist, sondern nur, daß nach dem Tod des Titius zur Zeit des Streits zwischen der Seja und seinen Erben die Schenkung dominio translato pridem perfecta war. Aller Wahrscheinlichkeit nach hat Papinian im ursprünglichen Text unter Kennzeichnung der Natur der Vermögensstücke als res mancipi oder nec mancipi und der geschehenen Übertragungsform die Rechtsgültigkeit der Zuwendung der Seja an den Titius behandelt[2]), eine Betrachtung, die die Kompilatoren natürlich streichen mußten,

---

das Eigentum wesentlich bloß titulo universalis veräußert", neuerdings Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im röm. Recht (1907) S. 34f., weil sonst die Seja nach Gajus II 59, den Kretschmar auch von dem Fall einer fiducia cum amico im Interesse des Fiduziars verstehen will, durch einjährige Nießbrauchsdetention quiritarisches Eigentum durch usureceptio zurückgewonnen hätte.

[1]) Bruns fontes VII ed. p. 336.

[2]) Zahlreiche Parallelen in den Vatikanischen Fragmenten, vgl. z. B. 259, 263—265, 268; aber auch 266a, 283, 285, 287 (donatio totius patrimonii!), 289, 297, 313—316.

wie denn ja auch m. E. sicher ist, daß Papinian an die Darstellung des Zuwendungsgeschäfts nicht einfach mit dem ungeschickten igitur eine Betrachtung über die Schicksale einer von den Erben des Beschenkten angestrengten Klage angeknüpft haben wird, ohne zunächst zu bemerken, daß der Titius vor der Seja gestorben ist[1]), von dem wir eben ja erst erfahren haben, daß und wie er überhaupt von der Seja beschenkt worden ist. Daß der Titius wenigstens eine Zeitlang sich der nuda proprietas und auch der weiteren an das Vorhersterben der Seja geknüpften Anwartschaft auf Volleigentum erfreut haben muß, dürfen wir aus dem späteren pridem dominio translato erschließen. Aber gerade diese etwas farblose Bezeichnung der Voraussetzungen der donatio perfecta, anstatt etwa eines traditione aut mancipatione oder auch in jure cessione, könnte vielleicht den Zweifel wecken, ob etwa erst nachträglich durch Ersitzung zivile Mängel der Zuwendung geheilt worden sind.[2]) Hier ist die ars nesciendi auszuüben. Wenn auch das traditionibus factis ohne Bezeichnung des Objekts schwerlich so von Papinian geschrieben sein wird, so wäre darum trotzdem noch kein Gegenbeweis für eine bloße Tradition erbracht.[3]) Dagegen folgt aus der zeitlichen Folge der Bestellungsakte, daß der Ususfrukt nicht etwa durch deductio[4]) bestellt ist, sondern ebenso wie die Abrede über den Eigentumsrückfall entweder ganz formlos oder — wofür alles spricht — durch

[1]) Ebenso wie Papinian im Schlußsatz auch den späteren Tod der Seja ausdrücklich berichtet (muliere denique postea diem functa). Vgl. etwa noch D. 38, 16, 15.

[2]) Vgl. etwa Vat. 259, 260, 261, 293 und D. 39, 6, 13 pr., 33. In Frage käme etwa formlose Tradition von res mancipi. Wegen des Mangels der Mitwirkung des tutor bei Übertragung von res mancipi, vgl. das usu non capta in Vat. 259 und Mitteis, Röm. Privatrecht § 10 Note 12 am Ende.

[3]) Vgl. z. B. den Fall in Vat. 265 (Übergabe der präsenten res nec mancipi, während der Schenker den Gebrauch behält).

[4]) Vat. 47, 50: bei mancipatio oder in jure cessio, deren Zulässigkeit Beseler, Beiträge I S. 96 zu Ziffer 1 im Beginn verkennt. Ganz unverständlich Senn, La donation à cause de mort S. 172, der gerade umgekehrt in j. cessio deducto usufructu aus der aus dem Text erhellenden Gleichzeitigkeit der Akte folgert, ebenso auch schon in den Études Girard p. 290, vgl. hier auch p. 288 die bezeichnende Note 3: „Seja opposera l'exception de dol et non l'exceptio pacti. Celle-ci eût pu être opposée par Titius pendente condicione à la revendication de Seja (!).“

Stipulation ausgemacht sein wird. Einen Parallelfall bietet das in Vaticana 73 behandelte und in ganz ähnlichen Wendungen auch hinsichtlich der Zeitfolge bezeichnete Geschäft:

> Si quis tibi fundos et mancipia donaverit partisque alterius eorum usum fructum interveniente recipit stipulatione . . . . .

Ein zivilrechtlich wirksamer Usufrukt wäre somit für die Seja nicht zurückgeblieben.[1]) Daß für obligatorische Abreden über den Rückfall der Schenkung die Stipulation die einzige nachträglich wirksame und geläufige Geschäftsform war, bedarf wohl kaum der Hervorhebung.[2]) In dogmatischer Hinsicht sei in Ergänzung an anderer Stelle[3]) von mir gemachter Ausführungen bemerkt, daß die bedingte Rückgabepflicht bei der unbedingt vollzogenen mortis causa donatio unter den strengen Begriff der Auflage fällt, die nach der klaren Geschäftsintention nicht ein von der Gabe des Zuwendenden unabhängiges Interesse erfüllen, sondern nur die dem Empfänger zugewandte Rechtsmacht für den Fall seines Vorhersterbens einschränken soll.[4])

Da das klassische Recht eine dinglich wirkende Resolutivklausel hier nicht kennt, so stand für die wirksame

[1]) Aus der im nächsten Satz der Seja gegen die R. V. der Erben des Titius gewährte exceptio doli folgt aber nichts für die zivile Unwirksamkeit ihres Usufrukts, wie Beseler a. a. O. S. 96 Ziffer 1 meint. Denn in der l. 26 D. 31 wird an sich die Kompetenz der exceptio doli zur Geltendmachung eines zivilen Usufrukts gegenüber der R. V. von Marcell nicht beanstandet. Vgl. über die Stelle Segrè, Note esegetiche sopra i legati negli scritti in onore di V. Scialoja vol. II.

[2]) Vgl. etwa l. 37 § 3 D. 32, l. 122 § 2 D. 45, 1. Der Manzipation vorangehende (bedingte) Stipulation in der Donatio Flavii Syntrophi Bruns fontes VII ed. 337.

[3]) Schenkung wider Auflage S. 63 ff.

[4]) Schenkung wider Auflage S. 58 ff. Die Erwägung hat gemäß § 2301 Abs. 2 BGB. auch heute Bedeutung für den Fall einer durch bedingungsfeindlichen Zuwendungsakt vollzogenen Schenkung auf den Todesfall, z. B. Auflassung eines Grundstücks mortis causa. Vgl. auch Strohal, Erbrecht, 3. Aufl. Bd. 2 S. 380 Note 75. Vom Standpunkt derer, die das Wesen der obligatorischen Schenkungsauflage durch den „Nebenzweck" oder die mangelnde Äquivalenznatur bestimmen, dürfte es dagegen schwer sein, in dem § 2301 II BGB. mehr als einen gesetzgeberischen Machtspruch zu sehen, während er sich nach § 516 I von dem hier gegebenen Standpunkt auch dogmatisch rechtfertigen läßt.

Obligierung des Beschenkten durch solche Maßgabe hier wie sonst[1]), abgesehen von dem mit mancipatio oder in jure cessio verknüpften Fiduziapaktum, im klassischen Recht nur die Stipulation dem Schenker zur Verfügung.[2]) Wären die Abreden über den bedingten Eigentumsrückfall nachträglich ohne Stipulation getroffen[3]), so hätte der Klassiker schwerlich mit dem einfachen convenit ihren genauen Inhalt berichtet.

2. Außerordentlich umstritten ist der Prozeßtatbestand, der dem responsum Papinians zugrunde liegt. Auf Grund des Satzes mit igitur hat man bisher allgemein angenommen, daß jedenfalls die Erben des Titius mit der rei vindicatio auf Herausgabe gegen die in der Nießbrauchsausübung be-

---

[1]) Schenkung unter Auflage S. 39. Mitteis, Röm. Privatrecht S. 202; Schulz, Interpolationenkritische Studien in Festschrift für Zitelmann, Sonderabdruck S. 1 und 11.

[2]) Weil die vollzogene mortis causa donatio stets dem Empfänger eine bedingte Rückgabepflicht (ulla condicio redhibendi: Papinian in l. 42 § 1 D. 39, 6) vorschreibt, so haben schon die Sabinianer nach der l. 35 § 3 h. t. dem Schenker bei Eintritt der Bedingung condictio gewährt, freilich nur mangels Stipulation, wie sich m. E. aus dem echten si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, in Vat. 286 (Cod. Just. 8, 54, 3) ergibt. — Daß die veteris juris auctoritas nur zur Bekräftigung einer unter der Bedingung: ita donatio conficitur ut — restituatur — doch gar nicht stets möglichen actio fiduciae angerufen worden sei, halte ich gegen Schulz a. a. O. S. 8 für kaum möglich. Gerade die im späteren klassischen Recht unbezweifelte condictio des Schenkers bei der mortis causa donatio im Fall des Vorhersterbens des Beschenkten ist ein weiterer Beleg für die nun auch von Mitteis S. 221 gebilligte Lehre, daß auch sonst die formlose Rückgabeauflage im klassischen Recht durch condictio geschützt war. Während Schulz Bedenken gegen diese Lehre äußert, aber S. 4 unten ohne das von mir früher noch nicht betonte Argument aus der mortis causa donatio zu berücksichtigen, behauptet jüngstens De Francisci, Synallagma, Pavia 1913, S. 257f. ohne Beweis, die condictio sei stets gegeben, und meint, meine Lehre „male si guistifichi logicamente“. Dann wäre auch unser § 527 BGB. — „unlogisch“. Der Hinweis Perozzis, Istituzioni II p. 595 und De Franciscis a. a. O. S. 257 auf c. 3 C. 4, 6 beweist nichts. Denn die Stelle ist sicher interpoliert: Schenkung unter Auflage S. 133f.

[3]) Aus dem Nichtvorliegen einer fiducia schließt Kretschmar, Entwicklung der Kompensation S. 36 auf condictio. Aber bei nachträglicher Abrede könnte dies, selbst den Mangel einer Stipulation vorausgesetzt, nicht mit K. aus Vat. 286 begründet werden.

findliche Seja geklagt hätten. Koschaker hingegen will schon diesen Satz als eine lehrhafte Paraphrase der nachklassischen Rechtsschule streichen, aber seine Gründe sind nicht recht überzeugend. Zunächst ist der Nachsatz doli non inutiliter opponetur exceptio (mit der Papinianischen Spezialität non inutiliter[1])) derart in dem schönen getragenen Stil Papinians gehalten, daß eine Nachahmung ausgeschlossen erscheinen muß. Ob freilich ursprünglich mit ihm der jetzige Vordersatz verknüpft war, steht dahin. Igitur an erster Stelle findet sich freilich auch bei Gajus[2]), aber als logische Anknüpfung unmittelbar nach der Darstellung des rechtsgeschichtlichen Tatbestandes muß es doppelt befremden, auch das Lucii Titii ist auffällig, nachdem in der vorangegangenen Sachdarstellung der Beschenkte nur als Titius bezeichnet war, schließlich ist auch der conjunctivus praesentis vindicent ungewöhnlich, nachdem im Nachsatz opponetur folgt. Auch wenn im ursprünglichen Text das non inutiliter opponetur exceptio der Aufwerfung der Zweifelsfrage hinsichtlich der Kautionspflicht der Seja vorangegangen ist, so wäre das nicht befremdlich. Denn es ist kein Widerspruch, wenn zunächst die Rechtsposition der Seja auf Grund der mit dem Erblasser der Kläger abgeschlossenen Stipulation als geeignete Grundlage für eine exceptio doli anerkannt und nun erst eine Zweifelsfrage erörtert wird, die vielleicht erst in judicio auf Grund jener exceptio doli auftauchte und nicht sowohl die Berechtigung der exceptio als ihr Berechtigtbleiben auch für den Fall betrifft, daß nun die Kläger sich auf die in derselben Stipulation festgesetzte Anwartschaft der die Seja überlebenden liberi Titii auf die streitigen Sachen berufen und in dieser Hinsicht Sicherheit verlangen.[3]) Jedenfalls aber kann die in ihrer Echtheit nicht zu beanstandende exceptio doli nur als Verteidigung gegen eine Klage der Erben des Titius, nicht etwa gegen eine actio ex stipulatu der Seja

---

[1]) „die Papinian mit besonderer Vorliebe wählt, ohne, wie es scheint, nennenswerte Nachahmung zu finden": Leipold, Über die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus, 1891, S. 59.

[2]) Aber D. 1, 6, 1, 1 im Beginn ist interpoliert: Gajus I, 52.

[3]) Siehe auch Keller a. a. O. S. 407, 408 zu Anfang.

vom Klassiker gedacht gewesen sein. Denn bestände die exceptio doli zugunsten der also etwa verklagten Erben des Titius, so könnte sie sich nur auf deren noch ganz problematischen Anspruch auf cautio wegen des etwaigen Rückfalls der bona auf die liberi superstites gründen, eine Frage, die überhaupt erst im folgenden mit quaerebatur eingeführt und durch Aufwerfung der folgenden haesitatio weitergeführt und erledigt wird. Auch die Basiliken wissen nur von der R.V. der Erben des Titius und der exceptio doli der verklagten Seja.[1]) Aber auch die Interessenlage der Parteien spricht nicht dafür, daß etwa die nachklassischen Bearbeiter den ursprünglichen Prozeßstand vollständig auf den Kopf gestellt und aus der exceptio der von Seja verklagten Erben des Titius eine exceptio der von den Erben verklagten Seja gemacht hätten. Koschaker, der freilich mit Keller und der herrschenden Lehre davon überzeugt ist, daß die Seja mit actio fiduciae die Erben auf Rückübereignung der bona verklagt hätte, führt gegen die Echtheit der Eigentumsklage der Erben an, diese hätten allen Grund gehabt, sich stille zu verhalten, da sie ja Eigentümer waren und es blieben, solange die Seja sich nicht rührte, hingegen ihre Anwartschaft auf nießbrauchfreies Eigentum beim Tod der Seja gefährdeten, wenn sie durch ihre Klage die Seja zur Geltendmachung des pactum fiduciae auf Rückübereignung reizten. Aber ergibt sich nicht schon aus dem Umstand, daß sich die Seja in dem ursprünglichen Zuwendungsgeschäft für den Fall des Vorhersterbens des Titius den Rückfall der nuda proprietas wenigstens für den Rest ihrer Lebenszeit ausbedang, daß sie sich von seiten der Erben des Beschenkten nichts Gutes versah? Wären die persönlichen Beziehungen zwischen ihr und diesen Erben so freundliche gewesen, wie zwischen ihr und Titius selbst, so hätte sie an dem Rückfall der nuda proprietas schwerlich ein Interesse gehabt, zumal da sie ja zufrieden war, daß nach

---

[1]) Bas. Heimbach 47, 3, 42. Im Text heißt es: *ἐὰν μετὰ θανατόν σου ἀπαιτήσωσι με οἱ παῖδές σου τὰ πράγματα, ἐκβάλλονται δόλου παραγραφῇ,* und im Dorotheosscholion: *Εἰ τοίνυν τὰ καθ' ἕκαστον ἐκδικοῦσι παρ' αὐτῆς οἱ Τιτίου κλμρονόμοι, ἐκβαλλει αὐτοὺς ἡ γυνὴ διὰ δόλου παραγραφῆς . . .*

ihrem Tod nicht **ihre** Erben, sondern die liberi Titii das Vermögen wieder erhalten sollten. Schon damit ist die **Tatsache**, daß diese Erben, auf formales Eigentum gestützt, gegen die Seja klagend vorgehen, psychologisch ungezwungen erklärt, wobei nun dahingestellt bleiben mag, welcherlei Pläne die Kläger gegen die Wohltäterin ihres Erblassers im Schilde führten, ob sie etwa nur die ihr von Titius belassene Freiheit hinsichtlich der Art der Nießbrauchsausübung durch Abforderung einer Kaution einengen[1]) oder ob sie sich Hoffnung machten, einen Teil der Sachen der Seja schon bei deren Lebzeiten zu entreißen, indem sie im Prozeß die zivilrechtliche Unwirksamkeit ihres Nießbrauchsrechts oder auch nur die ungünstigere Beweislage der Frau auszunutzen gedachten. Auf die in der Literatur meist gar nicht beachtete Möglichkeit[2]), daß die liberi mit den heredes Titii nicht identisch zu sein brauchten[3]), und die daraus sich ergebenden, für die Erklärung einer Eigentumsklage der **Erben** zu beachtenden Interessenlagen will ich hier gar nicht eingehen[4]), nur bemerken, daß ein Klassiker wie Papinian schwerlich in der ursprünglichen Fassung des Fragments über diese Frage einen Zweifel gelassen haben wird.[5])

---

[1]) Vgl. l. 7 D. 7, 9. [2]) Vgl. z. B. **Kretschmar** a. a. O. S. 32; **Koschaker** a. a. O. S. 327.

[3]) Eine Erklärung für die durch den Basilikentext unterstützte angebliche stillschweigende Identifizierung der heredes mit den liberi Titii versucht wenigstens **Cujacius**, Commentarii in libros responsorum Aem. Papiniani ad hanc legem opp. tom. IV p. 1262. Aber seine Zitate beweisen nichts für unseren Fall. Denn in der l. 6 § 1 D. de bon. lib. 38, 2 sagt Ulpian doch wohl nur darum allgemein heredibus anstatt filio mulieris, wie Papinian in der denselben Fall berichtenden l. 42 § 3 eodem, weil die Billigkeitserwägung nicht gerade den filius, wie **Cujaz** meint, sondern den Erben betrifft. In der außerdem noch von **Cujaz** zitierten l. 18 § 8 D. ad sc. Treb. 36, 1 handelt es sich bei der Identifizierung nur um eine **Auslegung** eines **Fideikommisses**, ähnlich heute den Auslegungsvorschriften der §§ 2066f. BGB.

[4]) Es ist klar, daß hier die liberi, die nicht heredes waren, durch bloßes Zuwarten allerseits bis zum Tod der Nießbraucherin nichts gewannen, denn das Erlöschen des Nießbrauchs kam hier **dinglich** nur den heredes oder den bisherigen Inhabern der nuda proprietas zugute.

[5]) Wenn die Restitution der vorletzten Zeile von Vat. 286 durch **Schulz** a. a. O. S. 6, 7 zutrifft, so hätten wir in der den Kompilatoren

Liegt nun aber dem Responsum neben dieser nunmehr in ihrer Klassizität als gesichert zu betrachtenden Eigentumsklage der Erben noch ein zweiter Prozeß zugrunde, in dem die Seja als Klägerin mit actio fiduciae die Erben auf Rückübertragung ihres Eigentums verklagte? Diese von Keller begründete und seitdem herrschend gebliebene Ansicht stützt sich bekanntlich darauf, daß die Kompilatoren bonae fidei judicio anstatt des ursprünglichen fiduciae judicio, das bekanntlich bonae fidei war, interpoliert hätten, und fällt somit schon mit dem oben versuchten Nachweis dahin, daß eine fiducia zwischen Seja und Titius gar nicht abgeschlossen war. Der gelegentlich[1]) vertretene Gedanke, unter dem dunklen Ausdruck bonae fidei judicio sei eine sogenannte actio praescriptis verbis versteckt, muß schon darum entfallen, weil jedenfalls das klassische Recht eine Erfüllungsklage aus formlos übernommenen Schenkungsauflagen überhaupt nicht gekannt hat[2]), auch dann nicht, wenn die Auflage zur Sicherstellung der mortis causa übernommen ward. Gerade der Umstand, daß im letzteren Fall die Klassiker den formlosen modus im Fall des Vorhersterbens des Empfängers durch condictio[3]) mittelbar schützten, zeigt, daß für einen unmittelbaren Erfüllungsschutz noch kein Raum war. Für eine von der Seja angestrengte condictio oder — actio ex stipulatu das gewiß gar nicht passende bonae fidei judicio einzusetzen, lag aber gewiß für die Kompilatoren gar kein Anlaß vor.

Damit entfällt aber überhaupt jeder Anhalt dafür, daß mit diesem mystischen Ausdruck ein besonderer Prozeß ge-

verdankten Unklarheit über die Legitimation der anfragenden Marcella in Cod. Just. 8, 54, 3 eine Parallele zu unserem Fall.

[1]) Heck in Sav.-Zeitschr. Bd. 10 S. 136.

[2]) Schenkung unter Auflage S. 39; Mitteis, Röm. Privatrecht S. 202 Note 32. Gegen die Erfüllungsklage unter Diocletian Schulz in der Festschrift Zitelmann, Sonderabdruck S. 1f.; De Francisci, Synallagma (1913) S. 254f. Wie hier Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts (1914) S. 505.

[3]) Unter Führung der Sabinianer: Paulus in l. 35 § 3 D. 39, 6; l. 19 § 1 D. 12, 1; l. 4 D. 24, 1; l. 13 pr., 19, 23, 31 § 3 D. h. t. (Julian), l. 52 § 1 D. 24, 1 (Papinian?); l. 24 D. 39, 6 (African); l. 26 D. h. t. (Marcian); l. 37 § 1 D. h. t. (Julian, Ulpian, insoweit echt); l. 12 D. 12, 4; l. 39 h. t. (Paulus).

meint war, in dem die eben als Verklagte siegreiche Seja jetzt gegen die Erben als Klägerin vorging. Was sollte sie auch, die eben noch auf die Klage der Erben ihre Rechtsposition als Nießbraucherin voll behauptet hatte, für einen praktischen Anlaß haben, unter der Herrschaft der pecuniaria condemnatio mit actio ex stipulatu auf Zurückgabe der nuda proprietas zu dringen?

Die Lösung des Rätsels gibt uns eine Bemerkung in einem Scholion des Dorotheus zu unserer Stelle in den Basiliken (47, 3, 42)[1]), das schon in der älteren Literatur[2]) vor Keller zur Erklärung des Ausdrucks bonae fidei judicio constituto herangezogen worden ist:

ὡς βόνα φίδε ὄντος τοῦ δικαστηρίου, ἐπειδὴ πανταχοῦ ἀντιθεμένη ἡ τοῦ δόλου παραγραφὴ βόνα φίδε ποιεῖ τὸ δικαστήριον.

Durch Entgegensetzung der exceptio doli soll jede actio bonae fidei-Natur erhalten. Daß das auf diese neugewonnene Beschaffenheit hinweisende „constituto" sprachlich nicht ganz unverdächtig ist, ergibt auch das Vocabularium jurisp. Romanae.[3]) Daß der Grundsatz mit dem klassischen Aktionensystem einfach unvereinbar ist, hat schon nach dem Vorgang von Anton Faber[4]) Keller[5]) überzeugend dargetan, und Kretschmars[6]) jüngster Versuch, doch wieder mit Hilfe des Scholions Papinian zu erklären, wird schwerlich Beifall finden. Wohl aber kann uns das Dorotheusscholion, wenn hier mit Keller und der herrschenden Lehre Interpolation anzunehmen ist, darüber belehren, aus welchen Motiven die Byzantiner die rätselhaften Worte bonae fidei

---

[1]) Heimbach IV S. 611. [2]) Siehe Keller a. a. O. S. 400 Note 1.

[3]) haud raro suspectum de interpolatione. Doch ist der Ausdruck gerade Papinian nicht fremd, vgl. z. B. den § 1 Beginn und Leipold, Über die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus S. 45.

[4]) Conjecturae XIV 18. Gegen Dorotheos übrigens schon ein Scholion des Anonymos Bas. Heimb. IV S. 612.

[5]) Treffend S. 401: „Bei dem stricti juris judicium erhält die bona fides vermittelst der exceptio doli eine bloß negative Kraft, eine Art Veto, die Klage kann durch sie fallen, aber nicht stehen."

[6]) A. a. O. S. 30f. Gegen Kretschmar Koschaker in der Rezension von Kretschmars Schrift, Sav.-Zeitschr., Roman. Abt. Bd. 30 S. 461 zu Note 3.

judicio constituto interpoliert haben. Es handelt sich hier in Verbindung mit der von ihnen erst in der berüchtigten l. 2 § 5 D. 44, 4[1]) bewirkten Verallgemeinerung der Zuständigkeit der exceptio doli[2]) um einen weiteren Schritt zur Nivellierung des klassischen Aktionensystems. In diesem Zusammenhang verdient auch ein Reskript Caracallas[3]) Beachtung, das schon die ältere Literatur zur Erklärung der mystischen Kraft der exceptio doli herangezogen hat:

Imp. Antoninus A. Vitali.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae judicio si expertus non es, proposita actione consiste. nec timueris exceptionem pacti, si in eo fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei judicium facit et commentum fraudis repellit.

Ich übergehe die älteren Erklärungsversuche[4]), die sich selbst Schwierigkeiten dadurch bereiten, daß sie die vom Kaiser gemachte Unterscheidung zwischen tutelae judicio und proposita actione[5]) nicht bemerken und nun wahre Seiltänzerstückchen aufführen, um begreiflich zu machen,

---

[1]) Während Pernice, Labeo II 1 S. 249 nur den nisi-Satz streichen wollte, hat zuerst Beseler, Beiträge I S. 108 die Interpolation behauptet, worin ihm Krüger in seiner Digestenausgabe gefolgt ist. Charakteristisch für die Mache ist, daß diese exceptio doli zunächst nur aus omnibus in factum exceptionibus „entspringen“, gleich danach aber jeder dolos handeln soll, wer „das begehrt, was quaqua exceptione elidi potest“. Aber elidiert durch die exceptio wird doch nicht der Gegenstand der Klage, sondern die Klage selbst, wie überhaupt stets bei den Klassikern eine Rechtswirkung (exceptionem, intentionem, pactum: Voc. jur. Rom. s. h. v.). Mit dem quaqua exceptione des § 5 wollen auch die Einzelbedenken über die Kompetenz der doli exceptio und die besondere Begründung im vorangehenden § 4 dolo enim facere eum qui contra pactum petat negari non potest sowie die Erörterung Ulpians in l. 10 § 2 D. 2, 14 über die exceptio doli als subsidium gerade der exceptio pacti nicht recht zusammenstimmen.

[2]) Auf sie verweist auch schon das oben zitierte Scholion des Anonymos.

[3]) c. 3 C. 8, 35.

[4]) Literatur bei Keller S. 403; Kretschmar a. a. O. S. 37 Note 72.

[5]) Hätte der Anfragende die tutelae actio proponiert, so hätte der Kaiser mit ea actione, nicht mit proposita actione fortgefahren.

daß die replicatio doli die bonae fidei-Natur der actio tutelae, die durch die exceptio pacti „erloschen“ gewesen sei, wieder zu neuem Leben erwecke.[1]) Aber gerade die exceptio spricht doch gegen die Annahme, daß es sich um actio tutelae handele.[2]) Darum will jetzt Kretschmar unter der proposita actio die actio de rationibus distrahendis verstanden wissen. Aber ganz abgesehen von der bei der Dürftigkeit der Quellen[3]) nicht zu entscheidenden Frage, ob nicht auch hier wie bei der actio furti der Vergleich ipso jure gewirkt hätte, bliebe unerklärt, weshalb der Kaiser die Eigenschaft des zu Verklagenden als tutor legitimus besonders hervorhebt, da nicht nur gegen ihn die actio rationibus distrahendis sich richtet.[4]) Danach ist anzunehmen, daß der Anfragende aus der regelmäßig nur dem tutor legitimus obliegenden[5]) satisdatio rem pupilli salvam fore, also mit actio ex stipulatu zu klagen beabsichtigte. Da die Stipulation nur umfaßt, quod in tutelae judicium venit[6]), so rät der Kaiser zu der vorgeschlagenen actio nur, si tutelae judicio expertus non es. Hiergegen stehe ein vom Vormund arglistig erwirkter Vergleich der Klage nicht entgegen, da die replicatio doli die exceptio pacti des Vormunds aus dem Feld schlage: commentum fraudis repellit. Es ist nicht nur ganz unerfindlich, wie eine replicatio doli, die wie jede Replik nur idcirco obiicitur, ut exceptionem oppugnet[7]), die stricti juris actio des Klägers zu einer actio bonae fidei machen könnte, aber weiter auch, welches Interesse der Anfragende an dieser wunderbaren Wirkung seiner Ver-

[1]) So noch ganz nach dem Vorbild Anton Fabers, Conject. XIV 19 Appleton Histoire de la compensation S. 332, der freilich in der Note selbst Bedenken äußert nicht nur gegen seine Auslegung, sondern nun auch gegen die Echtheit des ganzen nam-Satzes.

[2]) Freilich die Byzantiner stört die bonae fidei-Natur der actio nicht. Vgl. z. B. die interpolierte l. 4 § 5 D. 44, 4 zum Schluß und meine Haftung des Verkäufers S. 81 unten. Siehe auch Seckel in Heumanns Handlexikon, Artikel exceptio B, a, aa gegen Ende.

[3]) Lenel, Edict § 125. [4]) l. 1 § 19 D. 27, 3.

[5]) Gajus 1200, Just. Inst. I 24 pr., l. 5 § 1 D. 26, 4; l. 17 pr. D. 26, 2; c. 3—5, C. 5, 42; Girard, Manuel 5. ed. p. 221; Lenel, Edict § 121.

[6]) l. 9, 11 D. 46, 6; Lenel, Edict § 288.

[7]) l. 2 § 1 D. 44, 1.

teidigung gegen die Vergleichseinrede haben könnte, daß der Kaiser Anlaß hätte, ihn darüber an erster Stelle zu belehren. Gerade aus dieser sachlichen Erwägung heraus ergeben sich die auch sprachlich nicht einwandfreien Worte[1]) bonae fidei judicium facit als kompilatorisches Einschiebsel, das denselben Motiven wie das bonae fidei judicio constituto unserer l. 42 entspringt. Wie hier die rei vindicatio der Erben des Titius durch die exceptio doli der Seja, so soll dort die actio ex stipulatu des Mündels durch seine eigene replicatio doli bonae fidei-Natur erhalten. Das kann nicht als Bestandteil des klassischen Aktionensystems verstanden, sondern muß als Nivellierung dieses Systems durch die Byzantiner entlarvt werden. Das Ganze erinnert auch an Justinian als Reformator der Dotalklage:

> Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.[2])

Wir können somit abschließend sagen: In der l. 42 citata wird durch die Worte bonae fidei judicio constituto nicht eine zweite Klage eingeführt, sondern sowohl im Sinne Papinians wie der Kompilatoren bezieht sich die Stelle nur auf eine Klage, nämlich die rei vindicatio der Erben gegen die Seja, womit denn auch die Anffassung der Basiliken übereinstimmt.

3. Ist somit der prozessuale Tatbestand der Stelle klargestellt, so ist damit auch für das Verständnis der materiellrechtlichen Fragen dieses Prozesses freie Bahn geschafft. Was zunächst die exceptio doli der Seja betrifft, so stützt sich diese natürlich auf die zwischen ihr und dem Erblasser der Kläger abgeschlossene Stipulation, aber nicht sowohl darauf, daß die Erben danach verpflichtet seien, ihr Zeit ihres Lebens die Nutznießung an den streitigen Sachen zu belassen, als vielmehr auf die Verpflichtung der Erben, ihr das Eigentum zurückzuübertragen, das die einzige

---

[1]) Krüger will statt judicium locum schreiben.

[2]) c. 1 § 2 C. 5, 13; Rotondi, Bulletino 24 S. 7.

Grundlage ihrer Klage darstellt: Dolo facit qui petit quod redditurus est.[1]) Die Seja hat ein Interesse daran, vor den Erben endgültig Ruhe zu erhalten, darum stützt sie sich nicht auf ihr obligatorisches Recht zur Nutznießung, sondern darauf, daß die Erben ihr gegenüber überhaupt kein Recht haben, das Eigentum geltend zu machen, denn dieses Eigentum kann die Seja von ihnen zurückverlangen. So erklärt auch das Dorotheosscholion[2]) die exceptio doli: *ἐκβάλλαι αὐτοὺς ἡ γυνὴ διὰ δίλον παραγραφῆς ὡς συμφωνήσασα ἐκ προτελειτῆς αὐτοῦ ὑποστρέφειν εἰς αὐτὴν τὰ πράγματα.* Darauf replizieren die Kläger, daß nach derselben Stipulation das Eigentum nach dem Tod der Seja an die überlebenden Kinder des Titius herauszugeben sei, daß somit die Seja Rückgabe des Eigentums nur mit der Maßgabe fordern könne, daß sie Sicherheit für diesen künftigen Rückfall gewähre. In diesem Zusammenhang ist die haesitatio zu verstehen, ob man der Seja das Versprechen einer Zuwendung zugunsten der liberi durch Inaussichtstellen des Hinfälligwerdens ihrer exceptio abnötigen dürfe, da doch diese Zuwendung noch nicht einmal ins Anfangstadium rechtlicher Wirksamkeit getreten sei. Das nondum initium acceperat bezieht sich auf eine unter der Herrschaft der lex Cincia geläufige Erwägung, ebenso wie das nec coepta donatio Diocletians in Vaticana 293 oder die liberalitas minime coepta desselben Kaisers in Vaticana 297 oder das destinationem magis paternae voluntatis factam quam perpetuam donationem pervenisse desselben in Consultatio 6, 10. Es sind Tatbestände, die noch nicht einmal ins Stadium obligatorischer Wirksamkeit getreten sind, so daß sie auch zwischen personae exceptae keinerlei Bedeutung haben[3]) und unter personae non exceptae auch durch den Tod des Schenkers nicht etwa nach

---

[1]) l. 8 § 1 D. 44, 4. [2]) Bas. Heimb. IV 611.

[3]) Vgl. Vat. 263 (Papinian); 264a, 267, 266a, 268, 285, 287, 288a. In Vat. 266a hat die destinatio potius liberalitatis quam effectus rei actae nur den Mangel dinglicher Wirksamkeit im Auge, da es nur darauf ankam, ob der Beschenkte wirksam verpfänden konnte. Auch der Gegensatz zwischen dem totum irritum und der durch das morte Cincia removetur heilbaren Unwirksamkeit weist Papinian auch in Vat. 294 hin.

dem Satz morte Cincia removetur zur vollen Wirksamkeit gelangen können.

Freilich ist es eine alte Streitfrage, ob die lex Cincia sich auf mortis causa donationes bezogen habe.[1]) Wenn hier bisher noch keinerlei Einigkeit erzielt ist, so beruht dies wohl darauf, daß man häufig[2]) innerhalb des Gebiets der m. c. donatio die einzelnen Zuwendungsarten nicht unterschieden hat. Zunächst muß man sich für das Verständnis des klassischen Rechts freimachen von der Justinianischen Gleichsetzung der m. c. donatio mit den Vermächtnissen.[3]) Die mortis causa donatio der Klassiker ist ein Geschäft unter Lebenden: Praesens praesenti dat, wie sich Marcell ausdrückt.[4]) Jede Zuwendung fällt im entwickelten klassischen Recht darunter, deren Bestand irgendwie von dem Vorhersterben des Gebers abhängig ist, z. B. die stipulatio quae ita fit ut morte promissoris confirmetur, wie Labeo sich nach dem Bericht des Festus[5]) ausdrückt, und wie manche nach Festus definieren, cujus mors fuit causa, die sich also von der unter der irrelevanten Ahnung des nahenden Todes erfolgten absoluta donatio morientis nach Papinian[6]) nur durch den Mangel von ulla condicio redhibendi

---

[1]) Neuerdings tritt Cugia, L'espressione mortis causa p. 47 dafür ein, daß la legge Cincia consideri esclusivamente la donazione tra vivi. Aber gerade dieser Gegensatz ist byzantinisch und das allein von C. zitierte Vat. 259 beweist keineswegs seine These, da er die schon von Hasse (Rhein. Museum Bd. 1 S. 212 Note 47) begründete Auslegung, wonach sich das non mortis causa auf die Erwerbsfähigkeit des beschenkten Latinus bezog, p. 24f., nicht widerlegt hat. Auch Hasse, Rhein. Museum Bd. 2 S. 313 ist gegen die Anwendung, aber er verkennt völlig die große praktische Bedeutung unseres „Grenzfalls", sowie daß das morte Cincia removetur erst einer späteren Entwicklung angehört.

[2]) Doch findet sich die Unterscheidung schon berührt bei Hasse, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 2 (1828) S. 313, ebenso bei Keller, Institutionen § 339 S. 345.

[3]) Inst. II 7, 1, c. 4 C. 4, 56. Soweit die l. 37 pr. D. h. t. überhaupt Ulpian angehört, bezog sie sich natürlich nur auf die lex Julia et Papia. Cugia, Indagini sulla Dottrina della causa del negozio giuridico, L'espressione mortis causa, Napoli 1910, p. 43f.

[4]) l. 38 h. t. [5]) Bruns fontes VII ed. II p. 14.

[6]) l. 42 § 1 h. t. Es ist derselbe sachliche Gegensatz wie zwischen irrelevantem Motiv und kondiktionserzeugendem modus simplex, den

unterscheidet. Ob diese Abhängigkeit durch Fiduziarabrede oder Stipulation oder durch Suspensivbedingung[1]) oder durch condictio ob rem auslösende formlose Auflage gesichert war, ist für den Begriff gleichgültig. Wie aber bei der Zuwendung eines Sklaven unter Freilassungsauflage die Klassiker unterschieden haben, ob der Empfänger nur in hoc solum acceperat ut manumitteret[2]), ob er nur Werkzeug des Empfängers ist[3]), oder ob durch Gewährung einer Freilassungsfrist nach der Parteiintention in dem Geschäft aliqua donatio inest[4]), so ist auch für die Unterstellung der Zuwendung mortis causa unter Schenkungsrecht zu fragen, ob die Gabe schon vor dem Tod vollzogen wurde, auf daß der Empfänger, um mit Marcell zu reden, schon bei Lebzeiten des Gebers aliquid ex ea re interim commodi sentiret oder ob er, wie im Fall der Überlassung bei drohender Gefahr, nur als Verwahrer des Fiduzianten erscheint oder überhaupt erst die Gabe mit dem Tod des Schenkers erhält. Auf die Interpolationen, die in den Digesten die klassische Anwendung des Verbots der Schenkung unter Ehegatten auf die mit donatio verknüpfte Freilassungsfiduzia verschleiern[5]), ist hier nicht einzugehen.

Julian in der l. 7 § 2 D. 39, 5 entwickelt. Schenkung unter Auflage S. 30; Mitteis S. 200 Note 22.

[1]) M. E. ein späteres juristisches Kunstprodukt, nicht der Urfall, wie Biondi a. a. O. S. 19 annimmt.

[2]) l. 30 D. 17, 1 über die Interpolation, Freilassungspflicht und Reurecht S. 48f.

[3]) si solo ejus ministerio usa est Marcell in der nur überarbeiteten l. 49 D. 24, 1.

[4]) Aristo in l. 18 § 1 D. 39, 5; Schenkung unter Auflage S. 48f.; Mitteis S. 201.

[5]) Verfälscht ist z. B. nach der Manier der Interpolation der l. 5 § 9 und 10 D. 24, 1 die l. 7 § 9 eodem, ebenso die l. 7 § 8, aus der sich aber ergibt, daß nach Papinian im Fall der Freilassungsfrist Schenkungsrecht gilt. Das quae uxori manumissionis causa donavero wird wohl von Julian-African in der l. 109 pr. D. 30 darum für rechtswirksam verschenkt angesehen sein, weil hier sofort freizulassen war, also materiell nur die Patronatstellung zugewandt werden sollte l 5 § 5 in fine D. 19, 5. Die mortis causa donatio, deren Wirkung erst mit dem Tod des Schenkers eintreten sollte, war auch zwischen Ehegatten schlechthin gültig: der klassische Gehalt der l. 10 D. 24, 1, ebenso die angesichts des Todes

Hingegen ergibt sich die Anwendung der lex Cincia auf diejenigen Zuwendungen mortis causa, die schon bei Lebzeiten des Gebers im Interesse des Empfängers dando liberando promittendo unbedingt erfolgten, schon aus der einfachen Erwägung, daß sonst der Umgehung des Gesetzes [1]) Tür und Tor geöffnet gewesen wäre. So erklärt denn auch Ulpian in einer sich auf die lex Cincia beziehenden Erörterung [2]):

Donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur sive mortis causa sive non mortis causa fuerit.

Einen Beleg für unsere Annahme bietet m. E. die l. 4 § 1 D. 44, 4:

Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum.

Julianus scripsit, si quis cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spopondisset, [volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire], deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. et refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse.

Der mit dem verdächtigen scilicet angefügte volens-Satz, dessen Inhalt zunächst für die Entscheidung bedeutungslos erscheint, ist m. E. kompilatorisches Einschiebsel, dazu bestimmt, die ursprüngliche Beziehung der Angabe des Schwägerschaftsgrades auf die lex Cincia durch eine solche auf das Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu verdecken. Hingegen scheint mir die genaue Angabe des Grades der Verschwägerung zwischen dem mortis causa promittens und dem Promissar darauf hinzuweisen, daß dieser noch zu den affines excepti [3]) gehört; denn die in Vaticana 302 angeführten Nächstverschwägerten sind, was oft [4]) über-

---

erfolgende, bei der die Absicht, schon bei Lebzeiten des Gebers dem Empfänger den Vorteil zuzuwenden, natürlich fehlt: l. 43 D. 39, 6. Über diese letztgenannte Eventualität vgl. später S. 239 Note 4.

[1]) Vgl. z. B. hinsichtlich des Verbots der Eheschenkung Fulcinius und Neraz in l. 43 D. 39, 6.

[2]) l. 67 § 1 D. 50, 16; Ulpian 1685 Lenel.

[3]) Wie der entsprechende Grad der Verwandtschaft: Vat. 298, 299.

[4]) Z. B. Ascoli, Bulletino 6 S. 222; Perozzi, Istituzioni II § 237 Note 4.

sehen wird, aber sich aus dem ut und einer Erwägung des praktischen Lebens ergibt, nur beispielsweise angeführt. Sonst wäre ja nicht einmal der Schwager exceptus. Danach hätte der mortis causa promittens gegenüber dem Vetter seiner Frau nach Überstehen der Krankheit zwar weder die exceptio legis Cinciae, noch exceptio in factum[1]), wohl aber die exceptio doli, da er ja die Stipulationsschuld kondizieren könnte.[2])

Aus denselben Erwägungen wird aber auch Papinian das Geschäft, in dem die Seja ohne Not bei Lebzeiten ihr Vermögen auf ihren Verwandten Titius überträgt und nur den Nießbrauch sich vorbehält, der lex Cincia unterstellt haben. Darauf deutet auch die Betonung der Kognateneigenschaft des Beschenkten und das donatio dominio translato perfecta est. Darum sein Zweifel, ob die Seja Kaution leisten muß, da ja aus der Stipulation zwischen Titius und Seja den liberi Titii, mögen sie auch zu den personae exceptae gehören, keinerlei Anspruch gegen die Seja erwachsen ist.

Aber soll wirklich die Abrede zugunsten der liberi keinerlei Rechtsschutz genießen und sollen die Erben gezwungen sein, schlechthin das Vermögen der Schenkerin wieder auszuantworten? Die allein befriedigende Lösung gibt uns der numquid-Satz, der in Form der Frage die haesitatio durch meisterhafte Klärung des Stipulationsinhalts überwindet: Es handelt sich gar nicht darum, durch die cautio einer zweiten donatio nondum coepta zugunsten der liberi rechtliche Wirksamkeit erst gegenüber der Schenkerin zu verschaffen, sondern nur, die erste längst zugunsten des Titius perfekt gewordene Schenkung insoweit aufrechtzuerhalten, als dies der ursprünglichen Vertragsabrede entspricht. In der bedingten Schlußabrede über den Eigentumsrückfall an die liberi superstites wird überhaupt nicht eine zweite selbständige Zuwendung der Seja an die liberi in Aussicht genommen, sondern der Verpflichtung des beschenkten Vaters zur Rückübereignung des Vermögens im Fall des Überlebens

[1]) Vat. 310. [2]) Julian in l. 18 § 1 D. 39, 6.

der Seja eine Schranke gesetzt. Es handelt sich überhaupt nicht um secunda donatio, sondern um den Umfang der in der ursprünglichen lex donationis dem beschenkten Erblasser der Kläger auferlegten Rückgabepflicht. Seja kann nach der Stipulation, mag diese wecheslseitig oder einseitig geschlossen sein, nicht schlechthin Rückübertragung ihres Vermögens fordern, sondern nur mit der Maßgabe, daß nach ihrem Tod der verabredete Rückfall an die liberi superstites eintritt. Es bedurfte für Papinian bei dieser feinen Klarstellung des Verhältnisses zwischen Eigentumsrückfall an die überlebende Seja und Anwartschaft der liberi superstites gar keiner allgemeinen Berufung auf Treu und Glauben, um den liberi zu ihrem Recht zu verhelfen, der byzantinische Ursprung der Worte bonae fidei judicio constituto gewährt keinen Anhalt, spricht freilich auch nicht dagegen, daß die Schenkerin[1]) Abwesenheit von dolus malus versprochen und daß der Klassiker auch diesen Gesichtspunkt in den von den Kompilatoren weggestrichenen Teilen des ursprünglichen Fragments herangezogen hat. Aber jedenfalls fehlt jede sachliche Beziehung zwischen der Kautionspflicht der Seja und dem ursprünglichen Gehalt des aus dem Zusammenhang gerissenen fr. 41 D. 5, 1[2]), das die Ausleger nach dem Vorgang der Basiliken stets heranziehen. Hätte der Klassiker schon eine dinglich wirkende Resolutivbedingung gekannt, so könnte man in seinem Sinn sagen: die Seja kann nicht unbedingte, sondern nur durch Überleben der liberi resolutiv bedingte Rückübereignung verlangen, sie verlangt zuviel, wenn sie nicht in der cautio dieser Resolutivklausel Rechnung trägt. Diese gedankentiefe Überwindung der haesitatio durch schärfste Analyse des Parteiwillens ist nach Form und Inhalt wahrhaft papinianisch und gewiß kein Erzeugnis nachklassischer Paraphrase.[3]) Die Echtheit der Lösung im numquid-Satz ver-

[1]) Vgl. die donatio Statiae Irenae Bruns, fontes VII ed. p. 336.

[2]) Papinian 187 Lenel.

[3]) Wie wenig Verständnis selbst Keller der feinen Unterscheidung des Meisters zwischen selbständiger (eine zweite Schenkung darstellender) Zuwendung und bloßer (zu einem retinere der einen Gabe führenden) Einschränkung der gesetzten Rückgabeauflage entgegenbrachte, ergibt

bürgt auch die der haesitatio, die übrigens auch sprachlich keine Anstände bietet, nur daß vielleicht in persona, nicht personam zu lesen sein wird. Weder die Gerundivkonstruktion, noch das extorquere erscheint dem getragenen Stil des Meisters zuwider, letzteres übrigens auch nicht dem von Albertario[1]) bezeichneten sonstigen klassischen Sprachgebrauch. Denn es handelt sich ja gerade darum, ob der Seja dadurch, daß man ihr bei Nichtleistung der cautio das Unterliegen im Prozeß in Aussicht stellt, die cautio abgenötigt werden darf, also um ein Abringen durch die Autorität der Gerichtsobrigkeit, also nicht um eine „espressione enfatica", nicht um „togliere qualche cosa senza che vi sia allusione ad una qualsiasi vis fisica o morale".[2])

Von dem so gefundenen Standpunkt Papinians ergibt sich ungezwungen die Entscheidung im Schlußsatz: Hat die Seja, wie sie bei Meidung des Unterliegens im Eigentumsstreit gehalten ist, den liberi cautio geleistet, so müssen diese nach dem Tod der Seja sich den Abzug der Falzidischen Quart von dem Vermögen gefallen lassen, das sie aus der cautio von den Erben der Seja verlangen können. Das entspricht einer Verordnung von Septimius Severus[3]), von der Papinian auch sonst[4]) handelt, deren Urheber er vielleicht ist. Die Echtheit dieser Schlußentscheidung, der Koschaker die Beziehung zur aufgeworfenen Frage zum Nachweis ihres angeblich nachklassischen Ursprungs zu Unrecht abspricht, wird aber schon dadurch gesichert, daß Lenel unser Fragment ad legem Falcidiam einrückt. Auch der Stil dieses Schlußsatzes ist echt papinianisch, insbeson-

---

sich recht empfindlich aus der Art, wie er die Frage der Kautionspflicht S. 417 einleitet: „Der Gedanke hat insofern etwas Plausibles, als der Rückfall durch denselben Vertrag zugesichert ist, wie das, was die Seja jetzt als Klägerin fordert und als man daher gleichsam von fern die gewohnte Regel klingen hört, daß man, um die Leistung mit Erfolg zu verlangen, seinerseits auch zur Gegenleistung bereit sein müsse."

[1]) Sav.-Zeitschr. Bd. 32 S. 308f.

[2]) Albertario a. a. O. S. 311, der übrigens die Echtheit S. 323 Mitte offen läßt.

[3]) c. 2 C. 8, 56; c. 5 C. 6, 50.

[4]) Im § 1 leg. cit.; l. 15 § 2 D. 35, 2; l. 77 § 1 und 2 D. 31.

dere gilt dies von der Konstruktion des Ablativus absolutus im diem fungi[1]) und von contributioni propter Falcidiam[2]), nur die Worte ex consensu mulieris sind von den Kompilatoren eingeschoben[3]), um den Zusammenhang mit den unmittelbar vorangehenden Sätzen notdürftig und ungeschickt genug herzustellen, deren kompilatorischen Ursprung nachzuweisen jetzt nicht schwerfallen kann. Ex consensu des Kavierenden cautionem accipere ist selbstverständlich für Papinian zu schreiben unmöglich, denn ohne diesen consensus ist die cautio undenkbar. Hätte der Prozeß durch einen von Papinian in der Appellationsinstanz gestifteten Vergleich[4]) geendet, in dem die Seja sich zur cautio herbeigelassen hätte, so wäre dies anders und gewiß nicht so nebenher zum Schluß nach siegreicher Klärung aller Zweifelsfragen gesagt worden. Der consensus mulieris ist kein deus ex machina, der — man weiß nicht wie — das Problem des Abzugs der Falcidia plötzlich hervorzaubert, sondern dieses Problem erwächst mit logischer Notwendigkeit aus dem eben aufgedeckten Papinianischen Gedankengang, nach dem den liberi nach der lex in exordio data ihre Anwartschaft auf die bona gesichert werden muß; und durch die Worte ex persona sua will der Klassiker mit der ihm eigenen Prägnanz klarstellen, daß die den liberi aus der cautio zustehenden Vermögenswerte als eine den liberi aus dem Nachlaß der Seja, nicht etwa als eine von Seja dem Titius mortis causa ehedem geschenkte, ihnen von Titius überkommene Vermögensmasse dem Falzidischen Abzug unterliegen. Dieser natürliche Zusammenhang zwischen der Pflicht der Seja zur cautio zugunsten der liberi und dem Problem desAbzugs der Quart verschafft überhaupt erst unserem Fragment seine systematische Stelle im 13. Buch der Responsen[5]) und gewährt ein neues Argument dafür, daß Papinian im numquid-Satz seine haesitatio überwunden hat.

---

[1]) Leipold a. a. O. S. 50.

[2]) Confer Vocab. Jur. Rom. s. h. v.

[3]) Entsprechend dem matre consentiente in dem Papinianfragment l. 8 D. 40, 8, Freilassungspflicht S. 29. Vgl. später S. 234 Note 4.

[4]) So vermutet Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren S. 149.

[5]) Papinian 701, 702 Lenel.

Nun zu den Zwischensätzen zwischen dem numquid-Satz und dem Schlußsatz, der den Abzug der quarta Falcidia von der Leistung aus der cautio anordnet. Schon die Anfügung eines zweiten Fragesatzes wirkt unschön und gibt der Erörterung etwas Aufgeregtes. Aber schlimmer ist, wie gefragt wird: Ist „es" eine donatio certae condicionis — man übersetzt meist eine Schenkung unter bestimmter Bedingung — oder eine solche, welche den „Plan und den Titel des Todes hat". Hier ist zunächst das Subjekt unklar; ist es die prior oder die secunda donatio oder das als einheitliche Zuwendung unter inhaltlich jetzt geklärter Auflage erkannte Geschäft? Sodann bedeuten die beiden Glieder der Scheidung gar keinen Gegensatz: Läßt doch gerade Papinian im unmittelbar folgenden Paragraphen unseres Fragments für den Begriff der dem Falzidischen Gesetz unterworfenen mortis causa donationes entscheidend sein, ob ulla condicio redhibendi bestand und lege certa donarentur, so daß die Gaben morte insecuta quodammodo bonis auferrentur. Die scharfe Scheidung zwischen irrelevantem Motiv und in irgendwelcher Art bestimmter Rückgabepflicht im § 1, die wir schon von der Julianischen Scheidung zwischen causa donationis und condicio dandae pecuniae[1]) her kennen, wird von dem angeblichen Papinian in dem utrum-Satz auf den Kopf gestellt, wobei noch der Wechsel der modi und Zeiten fuit, haberet auffällt. Das klassische Problem wird umgebogen, um alles auf die rein byzantinische Scheidung[2]) zwischen donatio inter vivos (wenn auch certae condicionis) und mortis causa donatio, deren „Natur" der der Legate entspricht, abzustellen. Noch schlimmer ist, daß im folgenden mit dem schon von Albertario und Koschaker zu Recht als unklassisch beanstandeten denegari non potest in einer Accusativ cum infinitivo-Konstruktion ohne Subjekt und somit ohne Erledigung der vorangegangenen Unklarheit als wichtiges Ergebnis die Antwort hingestellt wird, „es" sei mortis causa geschehen. Als ob daran nach dem Inhalt der Stipulationsauflage über-

---

[1]) l. 2 § 7 D. 39, 5.

[2]) Justinian in Inst. II 7 § 1 und l. 25 pr. D. 5, 2.

haupt ein Zweifel möglich sein konnte. Und nun wird aus der glücklich gefundenen mortis causa-Natur gefolgert, daß die „erste Schenkung“ „aufgelöst“ und die „zweite abgezwungen zu werden scheine“. Dieser letzte Satz gibt zunächst mit der Nebeneinanderstellung der zwei Schenkungen alle Errungenschaften des numquid-Satzes preis. Und zu welchem Ende? Um mit dem für einen Klassiker unmöglichen sequitur ut videatur und dem Subjektwechsel Seja — sequens die „Auflösung“ der ersten Schenkung festzustellen und den Schein eines Erpreßtwerdens der zweiten. Kann das Papinian als Weisheit letzten Schluß verkündet haben, da doch, wie wir zu Beginn sahen, der logische Ausgangspunkt seiner haesitatio war, daß die Seja gegen die rei vindicatio der Erben auf Grund ihres gar nicht zu bezweifelnden, unbedingt gewordenen Rückgabeanspruchs, d. h., byzantinisch gesprochen, infolge Auflösung der ersten Schenkung exceptio doli opponieren kann? Und weiterhin: Ist es praktisch denkbar, daß Papinian den liberi, deren Anwartschaft auf die bona in der Stipulation überhaupt nur für den Fall des Überlebens der Seja gesichert werden sollte, einfach geantwortet haben sollte, daß für diesen Fall wegen des angeblichen Zusammenfalls der Schenkung (der doch überhaupt erst den Anlaß zur Sicherung bildete) eine Sicherung nicht erreicht sei? In dem numquid-Satz wurde der Schein zweier selbständig errichteter Schenkungsgeschäfte mortis causa zerstört und erkannt, daß die bedingte Zuwendung des Vermögens an die liberi oder, wie wir auch sagen können, die Einsetzung der Seja als Nachfolgerin des vorher sterbenden Titius und nun wieder der liberi superstites als Nachfolger der Schenkerin durch eine einheitliche lex donationis erreicht, deren Inhalt Seja Titio superstite nicht schlechthinnige Rückgabe an die Schenkerin, sondern nur Rückgabe unter cautio an die liberi dem beschenkten Titius anbefahl. Konnte nach dieser gedankentiefen Lösung der haesitatio der Klassiker mit ergo noch fragen, ob ein Geschäft unter Lebenden oder mortis causa in Frage stand, oder gar zu dem Schluß kommen, das erste Schenkungsgeschäft sei aufgelöst, das zweite scheine erpreßt zu werden? Dieses unklare Gerede von utrum ergo bis

videatur, das der Zweifelsfrage des Klassikers wie seiner gedankentiefen Lösung verständnislos gegenübersteht und dadurch bis auf den heutigen Tag den dogmatischen Edelgehalt der Stelle verschleiert hat, gehört nicht einer vorjustinianischen Rechtsschule, sondern den Kompilatoren an. Diese wollten mit dem soluta priore donatione und der breiten Betonung ihrer Qualität mortis causa auf ihre donatio temporalis hinweisen[1]), der sie durch Anerkennung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung[2]), Aufnahme in die Kompilation verschafft hatten und als deren wichtigster Fall, der non proprie donatio dicitur (sed solum hoc (!) donatio est quae sub condicione solvatur) in der verfälschten[3]) Julianstelle l. 1 D. 39, 5 die donatio mortis causa erscheint, nach deren Auflösung condicione existente sie dem Schenker die dingliche Klage[4]) gewähren. Daß damit in unserer Stelle die papinianische rei vindicatio der Erben des Titius allen Boden verliert, merken sie vielleicht im gesetzgeberischen Eifer gar nicht oder beruhigen sich in dem Gedanken, daß diese ja unter ihren Händen dank der aplanierenden Kraft der exceptio doli zu einer bonae fidei actio auf Kautionsleistung geworden war.

Aber die Interpolation hat doch noch einen tieferen Grund: Sie soll die papinianische Gewährung der cautio verdecken und ihrer Kraft berauben. Die cautio darf nicht „erpreßt" werden, nur eine freiwillige Leistung kann in Frage kommen, denn die Entscheidung Papinians widerspricht dem Reurecht, das erst die Byzantiner schlechthin in jedem Fall der mortis causa donatio dem Schenker bis zu seinem Tod zur Verfügung stellen: *κατὰ φύσιν τῆς μόρτις καῦσα*

---

[1]) c. 26 § 1 C. 6, 37.

[2]) Durch Verfälschung von Vat. 283 in c. 2 C. 8, 54.

[3]) Für die Unechtheit schon Beseler, Beiträge III S. 110 und neuerdings Biondi, Appunti interno allo donatio mortis causa 1914, S. 19, freilich in Verbindung mit seiner unerwiesenen und nicht einmal glaubhaften Lehre, der Urfall der d. m. c. sei die suspensiv bedingte Zuwendung.

[4]) l. 29, 30, 37 D. 39, 6, deren Unechtheit immer mehr anerkannt wird: Girard, Manuel S. 949 Note 6; Koschaker a. a. O.; Krüger in seiner Digestenausgabe. Zweifelnd Mitteis S. 189; Biondi S. 13.

δωρεᾶς, wie es in einem Stephanosscholion[1]) zu l. 19 pr. D. 12, 1 heißt. Das ist freilich durchaus unklassisch.[1]) Aber es entspricht der byzantinischen Manier, das, was die Klassiker höchstens als Gehalt der einzelnen Aktionenformel entwickeln, aus der von ihnen erst geprägten „Natur" eines Rechtsinstitutes abzuleiten. Doch ist es darum noch lange nicht zutreffend, wenn Biondi[3]) allerjüngstens in das gegenteilige Extrem verfällt und unter Berufung auf meine Untersuchungen[4]) über die Klassizität des Reurechts im Fall ver-

[1]) Basil. ed. Heimbach XXIII 1, 19 (Bd. II 616).

[2]) Rotondi, Natura contractus in Bulletino 24 S. 5f.

[3]) A. a. O. S. 35f., besonders S. 41f., 47f.

[4]) Freilassungspflicht und Reurecht 1905. Während Biondi a. a. O. S. 41f. die Ergebnisse meiner Interpolationenforschung für „trascurati" erklärt und sich ihnen in breiter Wiedergabe schlechthin anschließt, hat Lotmar im 33. Band dieser Zeitschrift gegen meine Arbeit sehr schwere Angriffe erhoben („da jene Verdächtigungen die Interpolationenforschung zu schädigen geeignet sind" S. 363, vgl. auch schon zu Beginn S. 305 zum Schluß und Note 2 daselbst). Zu Recht weist Lotmar auf die Wichtigkeit der Methode der Quellenkritik hin. Ich kann aber nach sorgfältigster Nachprüfung der Lotmarschen Ausführungen nicht finden, daß L. meiner Methode irgendwie gerecht geworden ist. Ich sehe von Einzelmißverständnissen ganz ab (wie etwa S. 378 Anm. 1 am Ende, wo der sprachliche Mißklang natürlich nur in Verbindung mit den folgenden Worten entsteht; zustimmend auch hier allerjüngstens Krüger in seiner neuen Kodexausgabe zu c. 6 C. 4, 57, Addenda S. 514) und betone nur, daß ich die Unechtheit des Reurechts im klassischen Bereich der constitutio, die übrigens durchaus mit der festen Freiheitsanwartschaft des römischen Statuliber (l. 20 § 3 D. 40, 1, Freilassungspflicht S. 14) in Widerspruch stände, den laxen Anschauungen der Griechen über die Wandelbarkeit solcher Anwartschaft (Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 384f., besonders S. 391) aber durchaus entspricht, überall auf sachliche juristische Argumente gegründet, das philologische Moment überall nur unterstützend hinzugezogen habe, also auch nicht dadurch widerlegt werden kann, daß Lotmar einzelne von mir beanstandete Wendungen als bei Justinian nicht gebräuchlich oder bei dem Klassiker gebräuchlich nachzuweisen unternimmt. Es ist doch sattsam bekannt, wie häufig gerade die Kompilatoren durch Umstellung der eigenen Worte des Klassikers oder durch Einschiebsel wenigster Worte unter Aufrechthaltung des klassischen Textes dessen Inhalt in sein Gegenteil verkehren. Trefflich Schulz, Einführung S. 44 und vor allem die schönen Worte Krügers in Festgabe für Güterbock (1910) S. 253. Ich betone dies z. B. mit Rücksicht auf die Polemik L.s S. 372f. gegen meine Interpolationsannahme in fr. 8 D. 40, 8, das Lotmar gegen

tragsmäßiger Übernahme der Freilassungspflicht jedwedes Reurecht bei der mortis causa donatio für ein Produkt nachklassischer Praxis und ihr entsprechender Interpolationen

---

Krüger ad hanc legem und mich „für über allen Verdacht erhaben" erklärt (S. 363 Anm. 1). Auch wenn man nicht mit Biondi (a. a. O. S. 43 Note 2) annimmt, die Freilassung habe hier nach dem Tod der schenkenden Mutter, sondern mit Lotmar und mir erst nach dem Tod der Tochter zu geschehen, scheint mir die Interpolation gesichert, und es kann gar keine Rede davon sein, daß das aus dem ursprünglichen Text etwa entnommene und gewiß gut papinianische vita decedere „nun die Echtheit des Vordersatzes über allen Zweifel erhöbe" und erst recht nicht — worauf es doch allein sachlich ankommen kann —, daß im Nachsatz ursprünglich auch nur das in der Luft schwebende Wörtchen omnimodo gestanden habe. Die Hauptsache ist natürlich auch nicht, daß Lotmar jetzt das sachlich unmögliche, auch an falscher Stelle befindliche, über bloße Nicht-Reue unklar hinausgehende matre consentiente philologisch durch das sive sciente sive ignorante venditore in fr. 58 D. 18, 1 stützen will, während gerade auch hier kompilatorisches Einschiebsel vorliegt (meine Haftung des Verkäufers S. 41, 67 Note 1, 128, 129, 152), sondern daß Lotmars Annahme, die Reue des Veräußerers werde durch dessen Tod vor dem Freilassungstermin wieder hinfällig, ein für einen Klassiker gänzlich unmöglicher Gedanke ist und daß Lotmar gegen meinen diesbezüglichen Nachweis (a. a. O. S. 29) nichts Überzeugendes vorgebracht hat. Denn die Bemerkung S. 380, der Widerruf sei ambulatorisch, kann unmöglich mit L. auf die zitierte l. 32 § 3 D. 24, 1 gestützt werden, die von der Konvaleszenz der nichtigen Eheschenkung handelt, nur dem Schenker den Widerruf der Rücknahme der Schenkung, also einseitiges Bereuen eines dem Beschenkten nachteiligen Aktes gestattet, während es sich bei Lotmar um den ganz unerträglichen Gedanken handelt, daß der Auflagegläubiger durch Bereuung der Auflage und beliebige einseitige Rücknahme der Reue den Erwerber des Sklaven seiner Freilassungspflicht erst entbinden und jederzeit aber auch wiederum einseitig ihn mit dieser „bereuten" Freilassungsauflage belasten könne. Daß diese mehr als eigentümliche Machtgewalt des Veräußerers durch die Zufälligkeit seines Sterbens vor dem Freilassungstermin zusammenfallen soll, wird gewiß nicht dadurch gegen meine Einwürfe S. 29 erklärt, daß Lotmar schließlich bemerkt, es sei hier ungewiß, „ob der Veräußerer auch noch zur entscheidenden Zeit gegen die Auflage gewesen wäre", „der vorzeitige Tod wirke versöhnend": Der auflagepflichtige Erwerber des Sklaven wird es schwerlich versöhnend empfinden, wenn ihn die Rücknahme der Auflage durch den lebenden Veräußerer zwar von seiner Pflicht befreit, dessen Tod aber vor dem ursprünglichen Freilassungstermin ihn ohne weiteres wieder mit der Auflage belastet hätte. Ein Klassiker hätte mangels gegenteiliger Äußerung bis zum Tod gewiß nur Fortdauer, nicht Änderung des Willens vermutet. Vgl. etwa das forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit als Motiv der oratio

in den Rechtsbüchern erklärt. Aber in seinem Eifer, jedwedes Reurecht als unklassisch darzutun, fällt Biondi in die durch den Stand der Kompilation — nicht etwa des klassischen Rechts[1]) — erklärlichen Fehler der Pandektenharmonistik[2]) zurück, gegen die ich durch Klarstellung des Standpunktes der Klassiker anzukämpfen gesucht habe. Er unterscheidet ebensowenig wie die Byzantiner zwischen dem Fall der reinen Freilassungsfiduzia und der fiducia mixta causa donatione, in dem die Zuwendung des Sklaven kausal nur oder (nach Ablauf der Frist) nur noch durch die Freilassungspflicht getragen ist einerseits und der Zuwendung des Sklaven unter der Auflage der Freilassung, dem klassischen Bereich der constitutio divi Marci ad Aufidium Victorinum andererseits, und er übersieht ferner — sehr zum Schaden für seine Beweisführung —, daß zwischen der Reue im Fall der Freilassungspflicht einerseits und der mortis causa donatio andererseits grundlegende Unterschiede obwalten. Dort ergreift die Reue eine Verpflichtung des Empfängers der Zuwendung, hier ergreift sie die Zuwendung selbst. Hier ist sie zuwendungsfeindlich und hat überhaupt nur Rücknahme der Gabe mortis causa zum Ziel, dort verstärkt sie die Rechtsposition des Empfängers, indem sie seine Pflicht zur Freilassung entkräftet, und konnte vom Standpunkte der Klassiker nur dort zu einem Anspruch auf Rückgabe des Sklaven führen, wo dieser nur

---

des Caracalla l. 32 § 2 D. 24, 1 — und natürlich auch dem Erben gegenüber gestattet, sich auf die nicht zurückgenommene Reue des Erblassers zu berufen, so wie sich der Erbe selbst im umgekehrten Fall des § 4 auf sie gegenüber dem Empfänger berufen darf. Auch im übrigen hat mir die Polemik Lotmars nirgends Anlaß gegeben, von meinen Ausführungen im Reurecht etwas zurückzunehmen. Wenn Lotmar in seinem 1912 erschienenen Aufsatz die Widerruflichkeit der Auflage für herrschende Lehre erklärt, so darf ich zur Ergänzung der Literaturzitate S. 362 Anm. 6 auf Ermans Zustimmung im Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 24 S. 355, und für die Zeit nach 1912 außer auf Biondi auch auf Krügers Beifall zu c. 1 und 6 C. 4, 57 verweisen.

[1]) Verkannt von Cugia a. a. O. S. 45 und Senn, Donation à cause de mort p. 44, die das Reurecht bei der m. c. donatio auf die fiducia zurückführen.

[2]) Donell liber 14 cap. 33 § 6, dem noch Wendt, Reurecht und Gebundenheit I S. 56 folgt.

oder nur noch zum Zweck der Freilassung sich beim mancipio accipiens befand. Aber Biondi übersieht auch andrerseits, daß ich die Klassizität des Widerrufs bei der Freilassungsfiduzia für den Fall stets energisch betont habe, daß der Empfänger des Sklaven nichts oder nichts mehr als Treuhänder ist.[1]) Auf das quid acti sit[2]) kommt es aber ebenso für den Fall der mortis causa donatio an. War die Gabe bei Lebzeiten des Gebers nur in dessen Interesse, etwa zu Verwahrungszwecken im Fall konkreter Lebensgefahr, unbedingt vollzogen, so stand dem fiduziarischen Schenker gewiß auch, dum pendet an convalescere possit[3]), die Rücknahme offen.[4])

Oder will Biondi ernsthaft leugnen, daß, wer vor einer gefährlichen Reise[5]) sein Vermögen einem Freund fiduziarisch in jure zedierte, auch während der Reise eine Erhöhung seines Reisegeldes mit der elastischen Formel der actio fiduciae durchsetzen konnte? Die Rückgabeforderung ist hier ebensogewiß klassisch, wie im entsprechenden Fall der Freilassungsfiduzia, falls Hingabe nur im Interesse des Manzipanten[6]) erfolgt. Schon die Klassiker stellen beide

---

[1]) Schenkung unter Auflage S. 51; Freilassungspflicht und Reurecht S. 37.

[2]) Pomponius in l. 18 § 1, § 2 D. 39, 5. [3]) l. 16 D. 39, 6.

[4]) Der Bestand der Zuwendung mortis causa ist also hier davon abhängig, daß der Geber von dem fiduziarischen Verwahrungsgeschäft nicht zurücktritt, das hier bis zum Tod des Gebers die ausschließliche causa der Vermögensverschiebung bildet. Der Fall liegt, was die Reihenfolge der causae und damit auch die Frage des Widerrufs betrifft, gerade umgekehrt wie der der Freilassungsfiduzia mixta cum donatione in der l. 18 § 1 D. 39, 5. Hingegen hatte der Empfänger im klassischen Recht eine von einem Reurecht des Gebers unabhängige Anwartschaft auf die donatio mortis causa, falls deren Wirksamkeit von vornherein von dem Vorhersterben des Gebers suspensiv bedingt war. Aber hier handelt es sich überhaupt um kein negotium mixtum, sondern um eine einheitliche Zuwendung mortis causa. Der auch hier ein Reurecht gewährende Schluß der auch sonst unechten l. 15 D. 40, 1 (Freilassungspflicht S. 30f.) ist selbstverständlich tribonianisch.

[5]) Vgl. die bekannte Stelle bei Boethius in Ciceronis Topica (Bruns fontes ed. VII t. 2 p. 74): si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut si cum tempus quod suspectum est, praeterierit, reddat.

[6]) Vgl. Freilassungspflicht S. 37, abweichend überall Biondi a. a. O.

Fälle zusammen[1]), weil bei beiden eine Auslegung des Parteiwillens dahin erforderlich ist, ob der Empfänger interim aliquid commodi ex ea re sentiret[2]) und darum aliqua donatio inesset.[3]) Erst die Kompilatoren sind es, die in der l. 5 § 1 D. 12, 4 diese wichtige Unterscheidung der l. 18 § 1 D. 39, 5 ignorieren, und sie sind es auch erst, die unter Verkennung des Unterschieds im Fall der mortis causa schlechthin dem Schenker ein Reurecht gewähren, auch dort, wo die Schenkung im Interesse des Empfängers schon bei Lebzeiten des Schenkers unbedingt vollzogen war, ohne daß ein jederzeitiger Widerruf wie im Fall der l. 37 § 3 D. 32 ausdrücklich stipuliert war. So wie die condictio propter poenitentiam im Fall der vertragsmäßigen Übernahme der Freilassungspflicht ihre maßlose Ausdehnung dem mangelnden Verständnis der Kompilatoren für die Verschiedenheit der Parteizwecke verdankt[4]), denen solche Geschäfte dienen sollen, so beruht auch die kompilatorische Ausdehnung des Reurechts auf jeden Fall der mortis causa donatio auf dieser Verkennung des Interesses des Empfängers an dem Vollzug der Zuwendung zu Lebzeiten des Schenkers. Darum stellen sie die mortis causa donatio als solche, der sie eine besondere Natur zuschreiben, dem Vermächtnis gleich, ob sie schon bei Lebzeiten des Schenkers in dessen Interesse vollzogen war oder nicht.[5]) Ein Widerruf gerade in solchen Fällen, in denen die Veräußerung nicht bloß eine

S. 46f. unter einer von der Lenelschen herrschenden abweichenden Rekonstruktion von Vat. 334a: non competere mihi fiduciae actionem, was mir sachlich unmöglich erscheint.

[1]) Pomponius in l. 18 § 2 D. 39, 6.

[2]) l. 49 D. 24, 1. Daß hier alles, auch dem Sinne nach, von idem si unecht sein soll (so Beseler, Beiträge 3 S. 101), ist unbewiesen. Auf die Parteiabsicht, nicht auf die Besitzübertragung kommt es für die Schenkung an. Aber auch die Betonung der jederzeitigen Widerrufsmacht der Frau als eines Beweisgrundes gegen jedweden color donationis (zugunsten des Mannes) ist schwerlich unklassisch: Marcell weist darauf hin, daß man von dem, welcher nur Treuhänder ist und überhaupt nicht im eigenen Interesse empfängt, jederzeit zurückfordern kann. Dies zugleich gegen Biondi a. a. O. S. 47, insoweit er von Pernice, Labeo III S. 137 Note 2 abweicht.

[3]) l. 18 § 1 D. 39, 5. [4]) Freilassungspflicht S. 57f.

[5]) Anders jetzt unser BGB. § 2301.

Zuwendung mortis causa, sondern zugleich aliqua donatio absoluta[1]) vermitteln sollte, war freilich auch im klassischen Recht nichts Seltenes, und zwar ganz abgesehen von einer etwa darauf gerichteten Vertragsabrede.[2]) Aber diese „Pönitenz" war kein besonderes Rücktrittsrecht von einem an sich wirksamen Geschäft, sondern nur die Geltendmachung der an sich nach den klassischen Grundsätzen gegebenen Kraftlosigkeit der mit der Zuwendung mortis causa verknüpften reinen Schenkung, sei es auf Grund der lex Cincia, sei es auf Grund des Verbots der donatio inter virum et uxorem. Durch den Grundsatz morte Cincia removetur wurde freilich auch der Rechtsbestand einer donatio imperfecta, die mit einer donatio mortis causa verknüpft war[3]), von einer mutatio voluntatis des Erben des Schenkers unabhängig gestellt, ebenso wie durch das Senatuskonsult auf Grund der oratio des Caracalla die Rechtswirksamkeit einer verbotenen Eheschenkung, die zugleich eine mortis causa donatio unter den Parteien vermitteln sollte, von einem paenitere des Erben des Schenkers unabhängig wurde.[4])

---

[1]) Im Sinne der l. 42 § 1 D. 39, 6 und der l. 18 § 1 und 2 D. 39, 5.

[2]) Wie in der l. 37 § 3 D. 32. [3]) Über die Geltung der lex Cincia für diese Art mortis causa donatio vgl. oben S. 226.

[4]) l. 32 § 1, 2 D. 24, 1 und die nach dem tumultuarischen Modus- und Tempuswechsel schwerlich unberührte l. 40 D. 39, 6. Weil die Byzantiner die mortis causa donatio überhaupt nicht nach Schenkungsrecht, sondern nach Vermächtnisrecht behandeln wollten, haben sie die Stellen, in denen die Klassiker durchaus folgerichtig und sachgemäß das Verbot der Eheschenkung auch auf im Interesse des beschenkten Ehegatten bei Lebzeiten des Schenkers vollzogene Zuwendungen mortis causa angewandt haben, interpoliert und ohne jede Scheidung jede donatio mortis causa unter Ehegatten für gültig erklärt. Vgl. die nach diesen Gesichtspunkten überarbeiteten l. 9 § 2; l. 10—13 § 1 D. 24, 1 und oben S. 225 Note 5 am Ende. Sehr lehrreich ist besonders die Gegenüberstellung des solche im Interesse der beschenkten Frau vollzogene Zuwendung behandelnden Ausspruchs Papinians in der im abgedruckten Teil echten l. 77 D. 28, 5 (libro 15 quaestionum): Servus uxori a marito mortis causa donatus mariti manet . . . . si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit: nec sine libertate aliquid ei legari potest mit der verfälschten l. 22 D. 24, 1 von Ulpian (libro 3 ad Sabinum): Uxori suae quis mortis causa servum donavit eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quaeritur. et puto, [si hoc animo eum scripsit heredem, quod donationis se dixit paenituisse,] valere institutionem et

Aber diese Reue kam doch nur im praktischen Ergebnis dem byzantinischen Reurecht bei der mortis causa donatio gleich. War dieses wie der Widerruf des Vermächtnisses ein „negatives Gestaltungsrecht“, das bis zum Tod dem Schenker aus dem an sich wirksamen Geschäft offenstand, so bedeutete die klassische Pönitenz die Geltendmachung einer zivilen Unwirksamkeit des Geschäfts durch den Schenker, die man seinen Erben nicht mehr gestatten wollte.[1])

necessarium heredem domino servum fieri: [ceterum si posteaquam heredem instituit, donavit, donatio praevalebit, vel si ante donavit, non tamen adimendi animo (!) libertatem adscripsit]. Hier wird in dem ersten eingeschobenen si-Satz mit dem unmöglichen hoc animo quod dixit aus der zivilen Nichtigkeit eine aus dem animo testatoris oder seiner Rede zu erschließende Pönitenz gemacht. Dann wird mit ceterum unter Weglassen des Objekts zu instituit und donavit in schulmeisterlichem Drang nach Vollständigkeit der klassische Tatbestand auf den Kopf gestellt. Die der Erbeinsetzung des Sklaven nachfolgende donatio mortis causa soll „prävalieren“, das heißt doch wohl in der verschämten Weise der byzantinischen Neuerer, sie ist nicht nur rechtswirksam, sondern enthält zugleich einen wirksamen Widerruf des Testamentes, was klassischen Grundsätzen widerstreitet (Gajus II 151, 151a). Nur den letzten Satz von vel an verdächtigt Lenel, Ulpian 2447 und ihm folgend Krüger. Auch Cugia a. a. O. S. 97 hält noch das Reurecht in der Stelle für echt, während Biondi a. a. O. S. 49 wenigstens den Inhalt der ersten Klammer als unecht erkennt. Auf die l. 52 § 1 D. 24, 1 (Papinianus libro 10 quaestionum) berufe ich mich nicht. Denn sie ist, wie das ut traditio (auf das sich solvitur beziehen soll, aber vom klassischen Standpunkt nicht beziehen kann) zeigt, nicht unberührt, und es ist außerdem vielleicht noch der Schlußsatz von nam an (als Glossem?) zu streichen. Daß aber die donatio mortis causa unter Eheleuten nicht schlechthin recepta war, ergibt schon ein Vergleich der echten l. 39 D. 39, 6 mit Javolen in l. 20 D. 24, 1.

[1]) Ebenso behandelten die Klassiker die mit einer Schenkung verknüpfte Freilassungsfiduzia. Vgl. oben S. 225 Note 5 und l. 7 § 8, 9 D. 24, 1, in der die Kompilatoren aus der nichtigen aliqua donatio eine kraft Gesetzes suspensiv befristete gültige Schenkung machen. Daß Sabin gesagt haben soll, der der Ehefrau nach der quaestio geschenkte Sklave werde dann ejus cui donabatur, cum coepisset libertas imponi, ist natürlich ganz unmöglich, selbst wenn man von der Manzipation ganz absieht, nicht minder wenn mit ideoque daraus gefolgert wird, nachher könne die Frau nicht mehr freilassen, während das Folgende von recte dici bis accepit nicht zu beanstanden ist. Die Widersprüche innerhalb des § 9 zwischen dem schlechthinnigen valet, das der licet-Satz mit seinem unerträglichen Subjektwechsel im ut-Satz unterstreicht, und der gesetzlichen Hinausschiebung der dinglichen Wirkungen in dem proinde-Satz,

Dort also, wo die mit der mortis causa verknüpfte reine Schenkung zivilrechtlich vollwirksam war, war den Klassikern ein kraft Gesetzes erwachsendes Reurecht bei der mortis causa donatio völlig unbekannt. Nur für diesen Bereich bedeutet das Reurecht der Kompilatoren eine gesetzgeberische Neuerung. Auf die Interpolation der l. 22 D. 24, 1[1]), der l. 15 D. 40, 1 und der l. 13 § 1 D. 24, 1 ist schon früher[2]) hingewiesen; hier wird überall erst von den Byzantinern ein Reurecht schlechthin trotz des entgegenstehenden, durch die Parteiintention anerkannten Interesses des Empfängers gewährt. Daß Julian in der l. 16 D. 39, 6[3]) nicht auch für diesen Fall ein Reurecht des Gebers anerkannt haben kann, ergibt sich zweifelsfrei aus der nicht zu beanstandenden l. 19 pr. D. 12, 1:

Julianus libro decimo degestorum:

Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur ut confestim obligaretur. Nam et is qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam sed non aliter obligabit accipientem quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset . . . . .

Ist demgegenüber der Ausspruch des Julian in der l. 16 citata echt, so kann er nur von einer rein fiduziarisch vollzogenen Gabe mortis causa oder von einem ausdrücklich stipulierten Widerrufsrecht gemeint gewesen sein, und die Kompilatoren haben ihm durch die Anfügung unmittelbar

---

in dem bald der Mann, bald der Sklave, bald die Frau als Subjekt zu ergänzen ist, und der an die Unmöglichkeit der l. 15 D. 40, 1 erinnert (Freilassungspflicht S. 30; Mitteis S. 169 Note 7), entspricht dem schlechthinnigen receptae sunt der mortis causa donationes in der l. 9 § 2 eodem, das nach der l. 11 § 1 eod. für jede m. c. donatio gelten soll, und den Einschränkungen der dinglichen Wirksamkeit in der l. 11 pr., deren Inhalt nach der oratio des Caracalla das klassische Recht zutreffend wiedergibt. Darüber, wie sich die Alten mit diesen Widersprüchen abgemüht haben, vgl. De Retes in Meermanns Thesaurus Bd. 6 de don. i. v. et ux. cap. 8 § 15 (S. 692).

[1]) Oben S. 239f. [2]) Freilassungspflicht und Reurecht S. 30f.

[3]) Julianus libro 29 digestorum. Mortis causa donatio etiam dum pendet an convalescere possit donator, revocari potest.

hinter den kompilatorischen Schluß der l. 15 eodem, der sich auch sachlich als disparates Anhängsel[1]) kennzeichnet:

et ad exemplum legatorum mortis causa donationis revocatae sunt

eine allgemeine Tragweite für jede mortis causa donatio geben wollen.

Daß die l. 30 D. h. t.

Ulpianus libro 21 ad edictum.

Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictionem vel utilem actionem habet,

durch und durch unecht ist, ist heute wohl herrschende Meinung.[2])

Die hier gegebene condictio ex paenitentia ist eine Konsequenz des entsprechenden, auf der justinianischen Gleichstellung der m. c. donationes mit den Vermächtnissen beruhenden Einschiebsels reciperet si eum donationis paenituisset in den Institutionen.[3]) Das gleichfalls wie ein Einschiebsel anmutende[4]) paenitentia etiam in Pauli Sententiae III 7, 2:

Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate paenitentia etiam revocatur; morte enim tantummodo convalescit

kann hingegen im ursprünglichen Zusammenhang auch die Sonderfälle bezeichnet haben, in denen schon die Klassiker ein Reurecht kannten.

Ist aber die Gewährung des Reurechts für den Fall einer zivilrechtlich vollwirksamen und zwar bei Lebzeiten des Schenkers im Interesse des Empfängers vollzogenen Schenkung mortis causa erst eine Erfindung Justinians, so ist damit auch klargelegt, weshalb die Kompilatoren die Entscheidung Papinians in der l. 42 citata abändern mußten. Denn hier war ja die Schenkung der Seja an den Kognaten Titius dominio translato im Sinne der lex Cincia pridem

---

[1]) Biondi a. a. O. S. 52. [2]) Biondi a. a. O. S. 53 mit Literatur.

[3]) II 7, 1. Biondi a. a. O. Vgl. auch Justinian in c. 4 C. 8, 56 und in Novella 87.

[4]) Namentlich im Vergleich mit dem unmittelbar vorhergehenden III 7, 1: Biondi S. 54.

perfecta.[1]) Die von Papinian mißbilligte Weigerung der Seja, den liberi Kaution zu stellen, bedeutete im Sinn der Byzantiner eine mutatio voluntatis, eine paenitentia gegenüber der ursprünglichen Zuwendung, mindestens soweit sie zugunsten der liberi getroffen war, deren Anwartschaft die cautio sichern soll. Auf dieses Motiv der Interpolation wirft denn auch ein bisher unbeachtet gebliebenes Scholion des Anonymos[2]) zu unserer Stelle in den Basiliken ein interessantes Licht:

Οὐχ ἁπλῶς τὸ προτελευτῆσαι τὴν ἀνατροπὴν εἰσάγει τῆς δωρεᾶς. ἠδύνατο γὰρ εἰς τοὺς παῖδας ἐρρῶσθαι, κἂν διὰ μέσου τοῦ πατρὸς γέγονεν· ἐπειδὴ καὶ δι οἱουδήποτε γάρ, ὡς τιτ ε' διγ δ'. ἀλλ' ἡ προαίρεσις τοῦ δωρησαμένου βουληθέντος μηκέτι αὐτὴν ἐρρῶσθαι ποιεῖ τὴν ἀνατροπήν.

Nicht das Vorhersterben des Titius ist der entscheidende Grund, aus dem die Zuwendung zugunsten der liberi zusammenfällt, sie ist ja vielmehr die Bedingung, unter der allein überhaupt ein Übergang der bona aus dem Vermögen der Seja in das der liberi ausgemacht war, sondern es ist die Willensänderung der Schenkerin, die in ihrer Weigerung, die cautio zu geben, zum Ausdruck kommt. Hätten die Kompilatoren diese Reue der Seja nicht beachtet, so hätte dies einen klaren Widerspruch zu ihrer neuen Lehre bedeutet[3]), die die mortis causa donatio mit

---

[1]) Vat. 310. [2]) Bas. Heimbach IV S. 612.

[3]) Ganz anders Koschaker a. a. O. S. 326: „Demnach spricht von incurrebat haesitatio an aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr Papinian. Wie hat er indessen entschieden? Man denkt zunächst: wohl im entgegengesetzten Sinn als nach der Fassung der Stelle. Allein die Kompilatoren hätten keinen Anlaß gehabt, eine solche Lösung zu verwerfen ..... Das formlose Schenkungsversprechen war bei Justinian klagbar gemacht worden ..... Auch kennt die Kompilation bereits das resolutiv bedingte Eigentum und gewährt bei der auflösend bedingten Schenkung auf den Todesfall dem Schenker bei Eintritt der Bedingung die rei vindicatio (vgl. die interpolierten fr. 29; 30; 37 D. 39, 6). Von dieser Basis hätte sich vielleicht sogar eine dingliche Klage der Kinder des Titius im Fall des Todes der Schenkerin konstruieren lassen. Kurz, die Kompilatoren hätten alle Gründe gehabt, gerade die vorliegende Entscheidung Papinians zu ändern." — Aber gerade der tiefe Gehalt des numquid-Satzes lehrt, daß es sich nicht um eine zweite Schenkung also auch kein Schenkungsversprechen der Seja zugunsten der Kinder

den Legaten gleichstellt nicht nur wie die Klassiker die zivilrechtlich unwirksame Schenkung, sondern jede Zuwendung mortis causa als ambulatoria voluntas usque ad vitae supremum exitum.[1])

sondern um eine Einschränkung der dem Beschenkten aufgelegten Rückgabeleistung handelt. Auch von einer dinglichen Klage der Kinder kann selbst nach dem Recht der Kompilation keine Rede sein. Denn hier wirkt dinglich doch nur die auf das Vorhersterben des Beschenkten gestellte Auflösungsklausel. Aber auch vom Standpunkt zweier Schenkungen, den Papinian verwirft, ist die Seja niemals Empfängerin, sondern Schenkerin sowohl gegenüber dem Titius wie den liberi. Ihr Sterben kann den beschenkten liberi niemals eine dingliche Klage verschaffen, da sie selbst dann, wenn man sie mit den heredes identifiziert, gerade vom Standpunkt der Kompilation Eigentum an den bona nie besessen haben, dieses vielmehr durch den Tod des Titius ipso jure an die überebende Sch enkerin zurückgefallen wäre.

[1]) l. 32 § 3 i. f. D. 24, 1; l. 4 D. 34, 4.

VII.

Miszellen aus dem römischen Grabrecht.

Von

Herrn Privatdozenten Dr. **Rafael Taubenschlag**

in Krakau.

Das römische Grabrecht ist seit längerer Zeit nicht mehr Gegenstand monographischer Darstellung gewesen.[1])

[1]) Von der älteren Literatur gehören hierher: Jacobi Gutheri de iure Manium seu de ritu more et legibus prisci funeris libri tres Lipsiae 1671; Johannis Kirchmanni de funeribus Romanorum libri quattuor etc., Brunsvigae 1661; Christiani Gotthelf Huebneri historiae legum Romanarum ad sepulturas pertinentium etc., Lipsiae 1794/5; Eduardi Luebberti commentationes pontificales, Berolini 1859. Von der neueren: Labatut, Les funerailles chez les Romains, l'édit et les lois somptuaires, Paris 1878; Joseph Fayout, Du jus sepulcri et de la diffamation (thèse), Paris 1884; Raoul Audibert, Funérailles et sépultures en droit Romain etc. (thèse), Poitiers 1886; C. Ferrini, De iure sepulcrorum apud Romanos (estr. dall' Archiv. giur.), 1882/3; Fr. Schädler, Über das römische Begräbniswesen. Gymn.-Progr., Landau 1888;

Die Durcharbeitung des einschlägigen Quellenmaterials ergab, daß die gesamte Lehre einer Revision dringend bedürftig ist. Indes bin ich derzeit leider nicht imstande, eine solche zu unternehmen, und will mich daher im folgenden nur auf die Nachprüfung zweier Fragen beschränken.

I. Zur Lehre vom locus religiosus.

Nach einem bekannten Ausspruch von Gaius II 6[1]) erlangt ein Stück Boden die Eigenschaft einer res religiosa[2]), wenn der Eigentümer (1) den Leichnam einer Person (2), deren Begräbnis ihm obliegt (3), darin bestattet (4). Es gehören somit dazu vier Voraussetzungen; und diese wollen wir im folgenden näher untersuchen.

1. Der Eigentümer muß uneingeschränktes Eigentum besitzen; hat er nur ein auflösliches Eigentum, wie der Erbe an einem unter einer Bedingung legierten Grundstück, so kann er inzwischen, solange jene schwebt, keine Stelle des Grundstücks durch Beisetzung einer Leiche zu einem locus religiosus machen.[3])

Etwas schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn das Eigentum an einem Grundstück mehreren Miteigen-

---

Auguste Benoit, Du jus sepulcri à Rome (thèse), Nancy 1890; J. Merkel, Über die sog. Sepulcralmulten (S.-A. a. Festgabe d. Gött. Fak. für Jhering), 1892; Pranzataro, Il diritto di sepulcro nella sua evoluzione storica etc., Torino 1895; vgl. auch Fadda, Le res religiosae nel dir. rom. (in Att. dell' Acad. d. Sc. mor. e pol. di Napoli Bd. 31, 1900).

[1]) Religiosum verum nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertinet; vgl. damit J. 2, 1, 8; D. 36, 4, 15 (= Pal. Val. 1); 11, 7, 2, 5 (= Pal. Ulp. 728); fest. v. fulguritum p. 12 (Bruns [7] II 10).

[2]) Vgl. über den Begriff des locus purus im Gegensatze zum locus religiosus: 11, 7, 2 § 4 (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 728) Purus autem locus dicitur qui neque sacer neque sanctus est neque religiosus [sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur], wobei ich den letzten nichtssagenden Satz für einen Tribonianischen Zusatz halte. Als sprachliches Argument führe ich das „huiusmodi" (vgl. Heumann-Seckel, Handlexikon s. h. v.) an. Die Stelle ist dem Kommentar Ulpians zur actio gegen den, qui „mortuum in locum alterius intulerit" (vgl. Lenel, Edikt [2] S. 220, 10) entnommen.

[3]) Vgl. Paul. 11, 7, 34 (cf. Pomp. 35, 1, 105) und dazu: Karlowa, Rechtsgesch. II 1044; Mitteis, Privatrecht I 174, 29.

tümern zusteht. Die hauptsächlichste Stelle, die uns darüber informiert, ist 10, 3, 6 § 6 (Ulp. 19 ad ed.) (= Pal. 639)[1]), wo es heißt:

Si quis in communem locum mortuum intulerit an religiosum fecerit, videndum. et sane ius quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.

Demnach kann ein Miteigentümer ein im Miteigentum stehendes Grundstück nicht ohne den Willen sämtlicher socii religiös machen.[2]) Zu beachten ist ferner:

l. 43 h. t. (Papinianus lib. VIII quaest. = Pal. 142)[3]): Sunt personae quae quamquam religiosum locum facere non possunt interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit [nam si intulerit non faciet iustum sepulchrum. sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure dominii quaeritur, aget] eademque sunt in socio qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. [nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit]

Dieses Fragment gibt zunächst zu manchen Ausstellungen Anlaß: Der Satz nam — aget bringt nichts Neues, sondern paraphrasiert entgegen der sonstigen Gepflogenheit

[1]) Vgl. zu dieser Stelle: Albertario, Appunti sul condominio di sepulcro nel diritto romano (Est. dal. Filangieri 1910) S. 10f.; Berger, Teilungsklagen 118.

[2]) Vgl. damit übereinstimmend: J. 2, 1 § 9. Über die Klagen, die solchenfalls zustehen: 17, 2, 3 § 9 (Pomp. 13 ad Sab.), der die actio pro socio, 2 § 1 h. t. (= Ulp. 25 ad ed.), der die a. fam. herc. und com. div. (vgl. dazu Berger a. a. O.), während Trebatius und Labeo in der im Text angeführten Stelle die a. in factum für zuständig erklären.

[3]) Vgl. zu dieser Stelle: Karlowa, Rechtsgesch. II 1051; G. Segrè, Studi in onore di B. Brugi (Palermo 1910) S. 409, 2 (und dazu Berger, Grünh. Zeitschr. Bd. 38 S. 291).

Papinians ungeschickt das Vorhergehende. Der Schlußsatz von nam — facit gibt — abgesehen von allen seinen ins Auge fallenden sprachlichen Eigentümlichkeiten[1]) — nur wahre, von echtem christlichen Geist getragene Anschauungen[2]) wieder. Es ist nämlich bekannt, daß die christliche Kirche die von jeher anerkannte sittliche Verpflichtung, dem insepultus zum Grabesfrieden zu verhelfen, intensiv steigerte[3]), und wird die Abweichung von der „stricta ratio“ in unserem Falle gerade auf jene gesteigerte Religiosität zurückgeführt. In seinem uns hier interessierenden klassischen Kern besagt aber die Stelle, daß der Miteigentümer wohl ohne Zustimmung des socius einen locus purus zum religiosus nicht machen, das interdictum de mortuo inferendo jedoch wirksam anstellen kann.

Noch eine Stelle gehört in diesen Zusammenhang.

41 h. t. (Callistratus lib. sec. inst. = Pal. 75).

Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent, cum extranei inferantur; nam ex ipsis dominis quemlibet recte ibi sepeliri constat etiam sine ceterorum consensu [maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur]

In diesem Fragment dürfte der eingeklammerte Satz nicht vom Klassiker herrühren. Als sprachliches Kriterium

---

[1]) Man beachte die Betonung der publica utilitas, den Ausdruck cadaver (früher hieß es mortuum inferat!), die zweifache Wiederholung des v. „nam“, die Hervorhebung der „stricta ratio“ und ihre Gegenüberstellung der „summa ratio“ und das an den Konstitutionenstil gemahnende „habemus“. —

[2]) Dies läßt sich in dem Titel „de religiosis“ so manchmal feststellen. So rührt z. B. der Satz 14 § 5 h. t. „Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt“ sicher von den Kompilatoren her. Er ist in den Kommentar zur actio funeraria (vgl. Lenel, Ed.[2] S. 223 8) eingeflochten und bezieht sich augenscheinlich auf das christliche Verbot, Gold und ähnliche Wertgegenstände mit sich ins Grab mitzunehmen. Vgl. Lactantius lib. 2 Inst. div.: quis usus est pretiosorum munerum nihil sentientibus? an illa, qui mortuis? pari enim ratio ne defunctorum corpora odoribus et pretiosis vestibus illita et convoluta humi condunt, qua deos honorant; vgl. dazu Hübner a. a. O. S. 65. Heidnische Sitten spiegeln dagegen die Anordnungen in 30, 113 § 5; 34. 2. 40 § 6; 28, 7. 27; C. 6, 35, 5 wider.

[3]) Vgl. Mommsen, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 16 S. 218.

wüßte ich wohl nur die beliebte justinianische Partikel „maxime" anzuführen; um so stärker fallen jedoch sachliche Argumente ins Gewicht. Auffallend ist zunächst, daß das Fragment eine Regel, welches es für den verstorbenen Miteigentümer aufstellt, wiederum abschwächt durch die Bedingung, „daß kein anderer geeigneter Begräbnisplatz vorhanden ist", und wir wissen, wie sehr solche Abschwächungen von Rechtssätzen in der Manier der Kompilatoren gelegen haben. Übrigens dürfte sich auch das Motiv der Interpolation hier nicht schwer erraten lassen. Bekanntlich hat die christliche Kirche die Bildung von Gemeindefriedhöfen besonders begünstigt, die Privatfriedhöfe hingegen immer mehr und mehr zurückgedrängt.[1] Die Worte „alius locus" spielen nun aller Wahrscheinlichkeit nach auf die Gemeindefriedhöfe an, und will der nam-Satz besagen, daß der verstorbene Miteigentümer gegen den Willen der socii auf dem Privatfriedhof begraben werden darf, wenn kein Gemeindefriedhof vorhanden ist.[2] In seinem sonstigen Inhalt wiederholt das Fragment die bereits oben festgestellte Regel.

Wir gehen nunmehr zu dem Fall über, wo das Eigentum mit einem Usufrukt belastet ist. Es gehört hierher zunächst die Institutionenstelle J. 2, 1 § 9[3]):

item si alienus ususfructus est, proprietarium placet nisi consentiente usufructuario locum religiosum non facere.

Es kann somit der Eigentümer in solchem Falle nur mit Zustimmung des Usufruktuars ein Grundstück zu einem locus religiosus machen.

Eine gewisse Abweichung von dieser Regel bringt:

2 § 7 h. t. (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 729).

Si usum fructum quis habeat, religiosum locum non facit. sed et si alius proprietatem, alius usumfructum habuit

---

[1]) Vgl. Müller, Art. Kömeterien in Haucks Realenzykl. Bd. X S. 819.

[2]) Eine solche Beschränkung findet sich noch an zwei Stellen bei Ulpian: 2 § 7 h. t. [cum in alium locum inferri tam opportune non possit] und 4 h. t. [si modo in alium locum tam opportune inferri non potuit]; vgl. darüber unten und S. 257.

[3]) Cf. 1, 8, 6 § 4.

non faciet locum religiosum nec proprietarius [nisi forte ipsum qui usumfructum legaverit, intulerit, cum in alium locum inferri tam opportune non possit] et ita Julianus scribit. [alias autem invito fructuario locus religiosus non fit]. sed si consentiat fructuarius, magis est, ut locus religiosus fiat.

In diesem Fragment ist nicht alles heil. Auffällig ist zunächst der „nisi forte"-Satz, nicht nur aus sprachlichen (nisi forte, ipsum), sondern auch aus sachlichen Gründen. Denn es wird darin nicht nur eine vom klassischen Recht abweichende Regel für den Erblasser, der den Usufrukt selbst vermacht hat, statuiert, sondern diese noch an die Bedingung, daß kein alius locus (d. i. nach unserer Vermutung kein Gemeindefriedhof) vorhanden ist, geknüpft, somit die obenerwähnte Tendenz der Kompilatoren, die Gemeindefriedhöfe gegenüber den Privatfriedhöfen zu begünstigen, zum Ausdruck gebracht. Nicht minder bedenklich ist der „alias"-Satz, der keinen neuen Gedanken bringt, sondern den früher ausgesprochenen ungelenk wiederholt. Auch ist zu beachten, daß die angefochtenen Sätze den Zusammenhang zwischen dem Anfangs- (si usufructum — proprietarius) und dem Schluß- (sed si consentiat — fiat) Satz, der dessen logischen Nachsatz bildet, völlig zerreißen. Läßt man sie beide als tribonianisch weg, so wiederholt unser Fragment nur den in der obenerwähnten Institutionenstelle klipp und klar zum Ausdruck gebrachten Gedanken.[1])

Dasselbe gilt, wenn der Ort mit einer anderen Servitut belastet ist. Es folgt dies aus 2 § 8 h. t. (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 729):

[1]) Es ist charakteristisch, daß in 7, 1, 17 (Ulp. 18 ad Sab. = Pal. 2583) sogar die Regel, daß der Eigentümer mit Zustimmung des Usufruktuars den Ort zu einem religiosus machen kann, auf die „religio" zurückgeführt wird. Es heißt hier: Locum autem religiosum facere potest consentiente fructuario et hoc verum est favore religionis. sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest [finge enim eum testatorem inferre, cum non esset tam opportune ubi sepeliretur] (Krüger emendiert: ubi tam). Der letzte Satz muß somit nach dem im Text Gesagten interpoliert sein. Vgl. übrigens das häufig interpolierte „finge" und die ungelenke Konstruktion des Satzes ubi — sepeliretur. Möglicherweise geht auch die Betonung des „favor religionis" im ersten Satze auf die Kompilatoren zurück.

Locum qui servit nemo religiosum facit nisi consentiat is, cui servitus debetur. [sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae id fieri et ideo religiosus fit: et sane habet hoc rationem.]

In dieser Stelle rührt der Satz sed — rationem, wie Albertario[1]) aus einer Reihe von sprachlichen und sachlichen Indizien erschlossen hat, nicht vom Klassiker her. Das Motiv der Interpolation ist ihm trotz allen Scharfsinns doch entgangen: es ist dies nichts anderes, als die „summa ratio, quae pro religione facit", die den Kompilatoren bei der Bearbeitung dieser Materie überhaupt als Leitstern gedient hat. In ihrem echten Teil besagt dagegen die Stelle — ganz im Einklang mit dem Vorhergehenden —, daß ein mit einer Servitut belasteter Ort nicht ohne Zustimmung des Servitutsberechtigten religiös werden kann.

Endlich ist noch die letzte Möglichkeit zu besprechen, der Fall nämlich, wo das Eigentum mit einem Pfandrecht behaftet ist.[2]) Darauf bezieht sich:

2 § 9 h. t. (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 729).

Is qui pignori dedit agrum, si in eum suorum (quem ins. Cannegieter) mortuum intulerit religiosum eum facit. [sed et si ipse inferatur idem est: ceterum alii concedere non potest.]

In diesem Fragment ist so manches verdächtig. Das „suorum" bei „mortuum" hängt in der Luft, und hat sich daher Cannegieter veranlaßt gefühlt, ein „quem" in den Text einzuschieben; im zweiten Satz könnte das „idem est" wiederum zum Mißverständnis verleiten, daß der Pfandschuldner durch seine eigene illatio einen Ort zu einem locus religiosus macht; und ebenso läßt der unbestimmt gefaßte Schlußsatz eine verschiedene Relation zu.[3]) Dies alles spricht dafür, daß die eingeklammerten Sätze nicht von Ulpian herrühren. Aber auch der erste Satz muß durch

---

[1]) Vgl. Filangieri 1912 S. 28 (Estr.).

[2]) Vgl. zu dieser Stelle Dernburg, Pfandrecht II S. 18.

[3]) So z. B. auf die illatio eines exterus, des Konzedenten oder sogar desjenigen, cui concessum est.

seinen Inhalt befremden. Der Satz besagt, daß der Pfandschuldner sein Grundstück durch Beisetzung einer Leiche religiös machen kann. Nun wissen wir, daß nach klassischem Recht der Pfandschuldner eine ähnliche, ebensoweit reichende Verfügung, wie die Manumission eines speziell verpfändeten Sklaven, nicht unternehmen darf.[1]) Unser Satz würde also mit dem klassischen Recht schwer in Einklang zu bringen sein, ließe sich aber vom Standpunkte der Kompilatoren, denen die „summa ratio" die „ratio religionis" ist[2]), leicht erklären. —

Eine völlige Abweichung von der bis nun in ihren verschiedenen Modalitäten erörterten Regel, daß der Eigentümer allein einen locus zum religiosus machen kann, bringt D. 1, 8, 6 § 4 (Marcianus lib. 3 inst. = Pal. 74)[3]):

> in alienum locum concedente domino licet inferre; et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit.

Demnach kann auch der Nichteigentümer mit Zustimmung des Eigentümers einen locus purus zum religiosus umwandeln.[4]) Ob die Ausbildung dieser Regel tatsächlich dem klassischen Recht angehört, läßt sich beim Mangel anderweitiger Anhaltspunkte nicht mit Bestimmtheit entscheiden.[5])

II.

Als zweite Voraussetzung bezeichnet Gaius die illatio eines mortuus. Letzteres Wort begegnet uns auch in den sonstigen klassischen Quellen[6]), allerdings neben anderen

---

[1]) Vgl. 40, 1. 3; 40. 9. 29; C. 7. 8, 2; 7, 8. 3 (und dazu Dernburg a. a. O. S. 12).

[2]) Vgl. 43 h. t. (und dazu oben S. 246).

[3]) Die Stelle ist in die Institutionen (2, 1 § 9) wörtlich hinübergenommen.

[4]) Vgl. dazu Dernburg a. a. O. S. 17, 6 „ursprünglich war wohl vorgängiger Erwerb des Platzes durch den Inferierenden nötig".

[5]) Auffallend ist allerdings, daß bei Ulpian (11, 7, 2), der die Eigentumsfrage ex professo behandelt, diese Möglichkeit mit keinem Worte erwähnt wird.

[6]) Vgl. z. B. 2 § 1; 2 § 2; 2 § 9; 4 pr.; 6 pr.; 7 pr.; 7 § 1; 8 § 2; 10; 34; 41; 43; 46 § 1 h. t.; 11, 8, 1 pr.; 1 § 5; 3 § 1 h. t.

wie ossa[1]), corpus[2]), reliquiae[3]), cadaver.[4]) Besonders charakteristisch ist dabei, daß speziell das vb. ossa nie allein, sondern immer in Verbindung mit „homo mortuus“ oder „corpus“ auftritt, eine Erscheinung, die nähere Beachtung verdient.

Der Verbindung „ossa v. homo mortuus“ begegnen wir zweimal. Zunächst in 2 § 2 h. t. (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 728), wo es heißt: Praetor ait: Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius — illata esse dicentur. Aber schon Kniep[5]) hat darauf hingewiesen, daß die Stelle sehr verdächtig ist, da die Korrespondenz: sive — ve nur bei Dichtern und erst in ganz später Zeit vorkommt. Nicht minder verdächtig ist aber auch die zweite Stelle 11, 7, 9 (Gaius 19 ad ed. prov. Pal. 325): Liberum est ei qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti . . . . ., da in dem entsprechenden Titel, wo das Edikt de „mortuo inferendo“ ex professo behandelt wird, in 11, 8, immer nur von „mortuum inferre“[6]), nie aber von der illatio der „ossa“ die Rede ist. Es liegt somit die Vermutung nahe, diese Verbindung in beiden Fällen auf die Kompilatoren zurückzuführen.

Was ferner die Verbindung „corpus vel ossa“ an-

---

[1]) Vgl. 2 § 2; 2 § 5; 8; 9; 38 h. t.; 48, 24, 1.

[2]) Vgl. 2 § 5; 8; 12 § 3; 14 § 3; 14 § 4; 14 § 5; 37 pr.; 37 § 1; 38; 39; 40; 42 h. t.

[3]) Vgl. 42 h. t.; 11, 8, 5 pr.; 44 h. t. In der letzten Stelle (Paul. III quaest. = Pal. 1294) ist das Wort jedoch interpoliert. Es heißt darin: [cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse]. Dieser Gedanke ist aber augenscheinlich falsch, da der locus religiosus nicht durch die impetratio, sondern durch die faktische translatio der Gebeine aufhört, religiös zu sein. Er ist auch im Munde eines Klassikers unmöglich und dürfte ganz von den Kompilatoren herrühren.

[4]) Vgl. 14 § 7 (interp., darüber unten S. 260); 43 h. t. (interp., vgl. oben S. 246). Kompilatorisch ist das v. sicher auch in der Digestenrubrik 48, 24: De cadaveribus punitorum. Möglicherweise auch in 47, 12, 3 § 7, wo vielleicht der ganze Satz justinianischer Herkunft ist.

[5]) Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare S. 218. Daß das Edikt überhaupt überarbeitet worden ist, vgl. Lenel, Ed.[2] S. 210; ihm zustimmend Kniep a. a. O.; Biondi, Act. arb. S. 215—218. Gegen die Annahme einer Interpolation Levy, Privatstrafe S. 65, m. E. mit unzureichenden Gründen.

[6]) Vgl. zu dieser Stelle Karlowa, Rechtsgesch. Bd. II S. 1043.

belangt, so kommt zunächst 2 § 5 h. t.[1]) (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 728) in Betracht: Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. Der Umstand jedoch, daß in der Celsinischen Definition nur vom corpus die Rede ist, läßt das v. ossa im ersten Satze auf jeden Fall in einem sehr verdächtigen Lichte erscheinen. In der anderen Stelle, fr. 8 h. t.[2]) (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 731): Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus, an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto pontificum ..... ist wiederum das nachhinkende ⟨vel corpus⟩ augenscheinlich hinzuinterpoliert worden. In fr. 38 h. t.[3]) beweist endlich die mit ihr korrespondierende Stelle in 47, 12, 3 § 4[4]), daß das vb. ossa ebenfalls von den Kompilatoren herrührt.

Fragt man nun nach dem Motiv der Interpolation, so ist dieses nicht so leicht zu erraten. Das Verlockendste wäre freilich, es in den zwei dem römischen Recht bekannten Begräbnisarten: dem Begraben und Verbrennen zu suchen, das corpus mit der ersten, die ossa mit der zweiten in Zusammenhang zu bringen und anzunehmen, daß dadurch beide Begräbnisarten als gleichwertig hingestellt werden. Gegen diese Annahme würde jedoch einerseits der Umstand sprechen, daß ossa gerade in bezug auf das Begraben gebraucht und den cineres, die wiederum beim Verbrennen

---

[1]) 1 § 1; 1 § 2; 1 § 5 h. t. Vgl. auch den Wortlaut des Edikts in 11, 8, 1 pr.: „Praetor ait: Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto." — Die im Text zitierte Stelle ist übrigens auch sonst nicht ganz heil. Vgl. Levy a. a. O. 64.

[2]) Vgl. zu dieser Stelle Lenel, Ulp. Paling. 731 not. 3 et 5; Kalb, Juristenlatein S. 69; Bremer, Jur. anteh. 2, 1, 229; Biondi a. a. O. S. 115, 1.

[3]) (Ulp. lib. IX de omn. trib. = Pal. 2295): Ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur aut vexarentur neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur praesidis provinciae officium est. Vgl. 47, 12, 3 § 4 (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 741). Non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri edicto divi Severi continetur, quo mandatur, ne corpora detinerentur aut vexarentur aut prohiberentur per territoria oppidorum transferri.

[4]) Vgl. die vorige Anm.

vorkommen, gegenübergestellt werden[1]), andererseits, daß die christliche Kirche sich keineswegs für eine Gleichstellung, vielmehr direkt gegen das Verbrennen und für das Begraben ausgesprochen hat.[2]) Es bleibt somit nur als einziger Ausweg möglich, in dieser Wortverbindung, wie so oft, nur einen von den Kompilatoren geschaffenen Pleonasmus[3]) zu suchen.

III. Zur dritten Gaianischen Voraussetzung, und zwar, daß der locus nur dann religiös wird, wenn das Begräbnis derjenige vornahm, „ad quem funus pertinet“, so scheint diese noch im klassischen Recht eine Entwickelung durchgemacht zu haben. Es ist nämlich interessant, daß Ulpian die Frage, wem die Begräbnispflicht obliegt, nicht im Anschluß an das Edikt „si quis mortuum in locum alterius intulerit“ (Lenel, Ed.[2] § 91), sondern bei Behandlung des Edikts „de sumptibus funerum“ (Lenel, Ed.[2] § 94) erledigt.[4]) An eine Verschiebung der Stellen, die übrigens aus demselben 25. Buche ad ed. stammen, zu denken, verbietet der Umstand, daß Ulpian jene Gaianische Voraussetzung, wie fr. 4 h. t. zeigt, nicht mehr kennt. Hier heißt es nämlich, daß nicht nur der „heres scriptus prius quam hereditatem adeat patrem familias mortuum inferendo locum facit religiosum“, sondern auch jeder Dritte, der es, ohne dazu verpflichtet zu sein — herede vel cessante vel absente vel verente ne pro herede gerere videatur — getan hat. Allerdings trägt Ulpian diese Meinung nur zögernd vor (ego — puto).

IV. Endlich ist noch die vierte von Gaius hervorgehobene Voraussetzung: die illatio zu besprechen. Gaius spricht zwar von einer illatio schlechthin, doch wie aus Paulus (fr. 40 h. t., vgl. auch 39 h. t. und C. 3, 44, 10) hervorgeht, muß diese eine dauernde sein; ist sie es nicht, so bleibt die Stelle profan.

---

1) Vgl. 48, 24, 1 (Ulp. lib. IX de off. proc. = Pal. 2240) ..... ut ossa et cineres collecta sepulturae tradi possint.

2) Vgl. Müller, Handbuch des klass. Altertums S. 488; Petrakakos, Die Toten im Recht S. 107.

3) Kalb, Jagd n. Interp. S. 15.

4) Vgl. fr. 12 § 4 h. t. und Lenel, Ed.[2] S. 323, 14. Zum Fragment selbst Bonfante, Giurispr. ital. 55 (1903) IV 161; Albertario, Filangieri 1911, 811; Contrib. alt. crit. dal dig. 36.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Gaianischen Voraussetzungen für die Schaffung eines locus religiosus im Laufe der Zeit einer Änderung unterlagen. So hat die spätere Entwickelung sowohl die Voraussetzung des ausschließlichen Eigentums an dem Begräbnisort vielfach abgeschwächt, um sie endlich völlig fallen zu lassen, und ebenso auch von der Voraussetzung der Vornahme des Begräbnisses seitens desjenigen „ad quem pertinet" Abstand genommen. Dagegen scheinen die anderen oben besprochenen Bedingungen sich bis zur justinianischen Zeit unverändert erhalten zu haben.

II. Die testatio im klassischen und im justinianischen Recht.

In einigen Stellen des corpus iuris wird im Zusammenhange mit dem Begräbnis eines Instituts Erwähnung getan, dessen Wesen bisnun wenig aufgeklärt erscheint. Es ist dies die testatio: die Erklärung vor Zeugen, aus welchen Gründen man ein Begräbnis eines Toten vornehme. Dabei kommt dieser testatio eine andere Bedeutung im klassischen, eine andere im justinianischen Rechte zu. —

I. Die klassische testatio hängt mit der juristischen Beurteilung der Vornahme eines Begräbnisses seitens eines heres zusammen. Darüber belehrt uns folgende Stelle: D. 11, 7, 4 (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 729):

> Scriptus heres prius quam hereditatem adeat patrem familias mortuum inferendo locum facit religiosum. [nec quis putet hoc ipso pro herede eum gerere; finge enim adhuc eum deliberare de adeunda hereditate.] ego etiamsi non heres eum intulerit sed quivis alius herede vel cessante vel absente vel verente ne pro herede gerere videatur tamen locum religiosum facere puto. [plerumque enim defuncti ante sepeliuntur, quam quis heres eis existet.] sed tunc locus fit religiosus, cum defuncti fuit. naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infertur praesertim si in eum locum inferatur, in quem ipse destinaverit usque adeo ut etiamsi in legatum locum sit illatus ab herede illatione tamen testatoris fit religiosus [si modo in alium locum tam opportune inferri non possit].

Die Stelle ist, soweit ich sehe, bisnun unangefochten geblieben[1]) und doch ist an ihr manches auszusetzen. So zunächst der Satz „ne quis putet — de adeunda hereditate. Sprachlich fällt in ihm die häufig interpolierte Phrase „nec quis putet“[2]), wie das ebenfalls kompilatorische „finge“ auf.

[1]) Der Leipziger Interpolationenindex verzeichnet zu dieser Stelle nichts.

[2]) Die Phrase kommt in den Digesten außer in dieser noch in sechs Stellen vor: in 6, 2, 7, 17 (als interpoliert erkannt von Bonfante, Riv. ital. p. l. scienze giurid. 17, 170, 1; Pampaloni, Arch. giur. 55, 506; Riccobono, Bull. 8, 181, 2; Alibrandi, Opere I 310; in 26, 7, 3 § 2 (als interpoliert erkannt von Ascoli, Obl. sol. 130/2; vgl. meine Vorm. Stud. 19, 66); in 26, 7, 9 § 1 (interp. vgl. Peters, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 32 S. 196); in 46, 6, 12 (interp., vgl. Binder, Korrealobligationen S. 340, 1). Dagegen wird 4, 9, 1 § 1 (vgl. dazu Βάσης, Adnotationes 163; Vangerow, Pand. III 464; Schulz, Grünh. Zeitschr. 38, 9) und 37, 11, 11 § 2 (vgl. dazu Girard, Manuel [4] 838, 2; Beseler, Studien Bd. I S. 30; Naber, Mnemosyne 1905, 387, 5; Windscheid, Pand. [9] § 563, 7) für echt gehalten. Was nun zunächst die erste Stelle anbelangt (Ulp. 14 ad ed. — Pal. 467): Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere [nec quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus], so kann das schauderhafte Latein der Stelle kaum von Ulpian herrühren. Man beachte: ipsorum statt eorum, das in der Luft schwebende hoc, das Fehlen des Dativs bei materia daretur, das byzantinische huiusmodi, den Konstruktionswechsel materia daretur coeundi — cum abstineant. Aber auch sachlich ist das Fragment nicht ohne Einwand. Im Anfangssatz wird die utilitas, im Schlußsatz der Strafzweck des Edikts betont; außerdem besteht in dem nisi-Satz ein innerer Widerspruch: denn es wird zunächst gesagt, daß, wenn das Edikt nicht aufgestellt, Gelegenheit für Zusammenkünfte mit Dieben gegeben wäre, dann aber in einem Atem hinzugefügt, daß das Edikt dennoch seinen Zweck nicht erreichte, da auch jetzt die Rezipienten vor solchen „fraudes“ nicht zusammenschrecken. — In der zweiten lesen wir dagegen: 37, 11, 11 § 2 (Pap. XIII quaest. = Pal. 221). Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. Scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. [plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. nec putaverit quisquam nuda

In sachlicher Beziehung ist hervorzuheben, daß dieser Zusatz mit der Hauptfrage nichts zu tun hat und den logischen Zusammenhang zwischen den beiden zueinander gehörenden Sätzen: scriptus heres — religiosum und ego — puto völlig zerreißt. Aus ähnlichen Gründen erscheint auch der plerumque-Satz in hohem Grade verdächtig. Auch dieser unterbricht die hier sonst glatt fließende Erörterung und dürfte daher eher von einer späteren Hand als vom Klassiker herrühren. Unklassisch wird auch der letzte ⟨si modo⟩ Satz sein, der nach unserer früher geäußerten Vermutung auf die öffentlichen Gemeindefriedhöfe im Gegensatz zu den Privatfriedhöfen anspielt. Läßt man nun alle verdächtigen Einschiebsel weg, so ergibt die Stelle folgenden Gedankengang: Nach der gangbaren Ansicht kann der testamentarische Erbe einen locus zum religiosus machen, wenn er vor dem Antritt der Erbschaft einen Toten darin beisetzt; nach der zögernd geäußerten Ansicht Ulpians aber auch

voluntate constitui testamentum. non enim de iure testamenti maxime quaeritur sed viribus exceptionis.] Quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit, aestimatur. Der Grundsatz ist der: Ein von Anfang an gültiges Testament kann hinterher seine Gültigkeit verlieren, wenn der Testator die zur Erbeseinsetzung nötige Rechtsfähigkeit verliert. Erlangt er aber vor seinem Tode die Rechtsfähigkeit wieder, so lebt auch sein Testament wieder auf, nur muß er, wenn der Verlust der Rechtsfähigkeit mit seinem Einverständnis eingetreten ist, nach wieder erlangter Rechtsfähigkeit seinen Willen, daß das früher errichtete Testament zu Recht bestehen soll, irgendwie an den Tag gelegt haben (vgl. Windscheid a. a. O.). In dieser Stelle fallen folgende Momente auf: Der letzte Satz fällt mit dem ersten zusammen, denn es wird dort gesagt, daß der scriptus heres wohl das int. quorum bonorum anstellen, er aber vom heres mit der exc. doli zurückgewiesen werden kann. Ein anderer als der heres kann diese exceptio nicht geltend machen und darauf bezieht sich der Ausspruch: ex persona eius qui opponit aestimatur, womit darauf verwiesen wird, daß nach der Persönlichkeit des Opponierenden zu differenzieren sei. Da aber nicht anzunehmen ist, daß Papinian diese Erörterung, die dem ersten Satze folgen soll, gerade an letzte Stelle gesetzt habe, wird der Gedanke nahegelegt, daß die ganze Ausführung von plane si bis exceptionis hineininterpoliert worden ist. Wohl wüßte ich sprachlich an dieser Erörterung (von „plane si" und „maxime" abgesehen) nichts auszusetzen, aber sachlich ist wenigstens der im nec putaverit-Satz ausgesprochene Gedanke ganz belanglos und eher einem der Kompilatoren oder einem Paraphrasten als dem Klassiker zuzuschreiben.

jeder Nichterbe, wenn der Erbe aus gewissen Gründen die Beisetzung der Leiche vorzunehmen unterlassen hat. Unter jenen Gründen wird aber auch die Befürchtung „ne pro herede gerere videatur" angeführt, was nur darauf zurückgeführt werden kann, daß das klassische Recht in dem Begraben des Erblassers durch den Erben tatsächlich eine heredis gestio erblickte und ihm keine Mittel bekannt waren, in solchen Fällen den entgegengesetzten Willen zu dokumentieren.

Ähnlich steht die Sache beim heres necessarius. Die uns darüber hauptsächlich informierende Stelle lautet:

11, 7, 14 § 8 (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 752).

Plerique filii cum parentes suos funerant [vel alii qui heredes fieri possunt licet ex hoc ipso neque pro herede neque aditio praesumitur, tamen] ne [vel] miscuisse se [necessarii vel ceteri pro herede gessisse] videantur solent testari pietatis gratia facere se sepulturam. quod si [supervacuo] fuerit factum ad illud se munire videntur ne miscuisse se credantur [ad illud non ut sumptum consequantur: quippe protestantur pietatis gratia id se facere: plenius igitur eos testari oportet, ut et sumptum possint servari].

Die Stelle ist, wie bereits in der Literatur bemerkt wurde, in ihrem Hauptteil interpoliert. Der Satz [vel — necessarii — gessisse] ist von Gradenwitz[1]), der licet-Satz von ihm und von Ferrini[2]), das v. supervacuo von Krüger beanstandet worden[3]); über den Schlußsatz [ad illud — servari], der m. E. ebenfalls interpoliert ist, wird noch unten zu handeln sein.[4])

Was aber aus dem klassischen Kern der Stelle mit Sicherheit sich folgern läßt, hat das klassische Recht in der Beisetzung der Leiche durch den heres necessarius ebenso ein immiscere gesehen[5]), wie in der Beisetzung durch

1) Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 20, 77. 2) Rivista ital. 14, 265.

3) Vgl. seine Digestenausgabe. 4) Vgl. unten S. 261.

5) Vgl. 29, 2, 20 § 2 (Ulp. 61 ad ed. = Pal. 1401), wo ich den Satz: „Et ideo solent testari qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo; ut puta patrem sepelivit vel iusta ei fecit: si animo heredis ‚pro herede

den heres extraneus eine heredis gestio. Nur gibt das klassische Recht dem heres necessarius ein Mittel, auch den entgegengesetzten Willen kundzutun. Dieses Mittel ist — wie unsere Stelle zeigt — die testatio: die Erklärung von Zeugen, daß die Beisetzung der Leiche nur aus Pietätsgründen erfolge.

Die nachklassische Entwickelung hat diese testatio auch auf den heres extraneus erstreckt.[1]) Seitdem dient die testatio auch dazu, kundzutun, daß in der Vornahme eines Begräbnisses durch den testamentarischen Erben keine pro her. gestio liege. Sie ist somit ein Mittel, das jedem Erben zusteht, wenn er ein Begräbnis nur aus Pietät für den Verstorbenen vornimmt.

Das justinianische Recht hat der Vornahme des Begräbnisses durch den Erben den Charakter einer p. herede gestio bzw. eines immiscere benommen und in ihr augenscheinlich unter dem Einfluß des Christentums lediglich einen Akt der Pietät erblickt. Seitdem ist auch die testatio überflüssig geworden. Sie wurde jedoch, kraft des römischen Konservatismus, wie unsere Stelle zeigt, weiterhin in ihrer Anwendung belassen.

II. Wesentlich anders ist die testatio des justinianischen Rechts. Die Stelle, die uns darüber hauptsächlich informiert, lautet[2]):

14 § 7 h. t. (Ulp. 25 ad ed. = Pal. 752).

Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi

gessit, enimvero si pietatis hoc fecit, non videtur pro herede gessisse", wo also dem heres necessarius ein „pro herede gerere" zugemutet wird, für interpoliert halte. Man beachte hauptsächlich die Konstruktion des ut — puta-Satzes, den Mangel eines Subjekts bzw. den Singular, im Gegensatz zum Plural des ersten Satzes (solent — gerunt — sepelivit), die mehrfache Wiederholung des pro herede gessisse (non animo heredis se gerere — pro herede gessit — non videtur pro herede gessisse), die Gegenüberstellung des „patrem sepelire" dem „iusta ei facere".

[1]) Dafür spricht die Form der Interpolation in 11, 7, 14 § 8 (vgl. 29, 2, 20 § 2), wo sich die Kompilatoren auf einen eingebürgerten Brauch berufen (solent testari).

[2]) Vgl. zu diesem Fragment: Kübler, Zeitschr. d. Sav.-Stift. 28, 417; Bonfante, Ist. (3) 1902, S. 403 2; Riccobono, Rivista di dir. civ. 3, 44, 2; Krüger, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 19, 10.

recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit. [igitur aestimandum est arbitrio et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni. potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum, qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem.]

Diese Stelle, die von den Worten: igitur — quaestionem schon von Kübler mit Recht als interpoliert erkannt worden ist, besagt zunächst, daß zuweilen derjenige, der die Leichenkosten verausgabt, dieselben nicht wieder zurückfordern kann, wenn er sie aus Pietät und nicht in der Absicht, sie wiederzuerhalten, vorgeschossen hat. Darum ist es Sache des Richters, zu untersuchen, in welcher Absicht die Kosten aufgewendet wurden, ob aus Pietät (und den ihr gleichgestellten Mitleid oder Zuneigung) oder in der Eigenschaft eines Geschäftsführers des Verstorbenen oder des Erben. Im weiteren Verlaufe läßt die Stelle den scharfen Gegensatz zwischen Pietät und Geschäftsführung fallen und meint, es sei der Fall denkbar, daß jemand aus Mitleid oder Pietät eine Bestattung besorge, ohne jedoch die Absicht zu haben, die Kosten zu bestreiten. In diesem Falle soll der Richter den Kläger nicht abweisen, weil in jeder, auch der geschäftsmäßigen Bestattung ein Stück Pietät liege. Die Stelle schließt mit dem Hinweise, daß es geboten sei — um nachherige Erörterungen zu vermeiden — zu erklären: testari, in welcher Absicht man eine Bestattung des Toten unternehme. Diese Erklärung des Nichterben bildet das Wesen der testatio im justinianischen Recht.

Das justinianische Recht erfordert somit in jedem Falle einer Bestattung durch den Nichterben[1]) eine Erklärung

[1]) Ein solcher Protest eines Nichterben liegt in der interpolierten 14 § 13 h. t. vor (vgl. dazu Beseler, Studien I 64; Longo, Studi in onore di V. Scialoja I 365; Lenel, Ed. [2] 224, 5): Idem Labeo ait si prohibente

darüber, in welcher Absicht man dieselbe vornehme und unterscheidet zwischen einem Pietätsprotest, einem Kostensicherungsprotest und einem gemischten (Pietäts- und Kostensicherungs-) Protest. Es ist nicht unsere Aufgabe, auf das Widersinnige dieser ganzen Distinktion näher einzugehen: für uns besitzt nur der Umstand Interesse, daß der Pietätsprotest des Nichterben augenscheinlich nur eine Nachahmung des klassischen Protests des heres necessarius ist, während der Kostensicherungsprotest eine justinianische Neuerung darstellt. Nur steckt der klassische Pietätsprotest mit seinen Wurzeln in der immixtio, der justinianische in der neg. gestio.

III. Es war nun ganz natürlich, daß der von Justinian neu eingeführte Kostensicherungsprotest nicht ohne Einfluß auf den klassischen Pietätsprotest des heres necessarius bleiben konnte. Und in der Tat zeigt uns der letzte Satz in 11, 7, 14 § 8, wie die Kompilatoren den alten mit dem neuen Protest verbunden haben. Es heißt dort: plenius igitur eos testari oportet, ut et sumptum possint servari. Es ist dies ein Beispiel jenes gemischten Protests, wie wir ihn aus der früher erörterten 14 § 7 h. t. kennengelernt haben.[1])

IV. Die Entwickelung der testatio liegt somit im klaren. Im klassischen Recht war die testatio eine Erklärung des Erben (heres necessarius), daß in der Vornahme eines Begräbnisses des Erblassers kein immiscere liege. Die nachklassische Entwickelung hat diese testatio auch auf den testamentarischen Erben ausgedehnt und verfolgte sie dabei den Zweck, kundzutun, daß keine p. herede gestio vorliege. Das

---

herede funeraveris testatorem ex causa tibi competere funerariam [quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit. huic contradici potest ⟨ergo pietatis gratia funerasti⟩ sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem. Hier wird die Frage erörtert, ob dem Sohne des Testators, der gegen das Verbot des Erben den ersteren begraben hat, eine actio funeraria zustehe. Der Jurist meint nun, man könne die Frage durch den Einwand erledigen, er habe den Vater nur aus Pietät begraben. Dieser Einwand könne aber dadurch zurückgewiesen werden, indem der Sohn erklärt, er habe eine testatio vorgenommen, d. h. einen Protest erhoben, daß er das Begräbnis des Toten nicht aus Pietät vorgenommen habe.

[1]) Vgl. oben S. 260.

justinianische Recht hat der Vornahme eines Begräbnisses durch den Erben den Charakter einer p. herede gestio bzw. immixtio benommen und dadurch der klassischen testatio völlig den Boden entzogen. Trotzdem erhielt sich letztere kraft des bekannten römischen Konservatismus weiter. Zugleich rief das justinianische Recht einen Protest eines Nichterben ins Leben mit der Bestimmung, anzudeuten, in welcher Absicht er das Begräbnis des Erblassers vornimmt: ob aus reiner Pietät, Interesse oder Pietät und Interesse. Dabei übertrug es den Kostensicherungsprotest auf den Erben und schuf dadurch auch für ihn einen gemischten Protest, wenn er teils aus Interesse, teils aus Pietät das Begräbnis vornahm.

Die beiden Aufsätze, so verschiedene Fragen sie auch behandeln, hängen jedoch insofern zusammen, als sie uns neue Beispiele für die in der letzten Zeit vielverhandelte Frage über den Einfluß des Christentums auf das römische Recht vor Augen führen. So zeigte uns der erste Satz, wie die von dem Christentum gepflegte Nächstenliebe und Gemeingeist allmählich zur Verdrängung der Privatfriedhöfe führte, der zweite, wie unter seinem Einfluß die Vornahme des Begräbnisses zu einem Akt der Pietät sich emporhob. Nebenbei lernten wir aus dem ersten Aufsatz, wie die vom Christentum besonders stark betonte sittliche Verpflichtung, dem insepultus zum Grabesfrieden zu verhelfen, zu gewissen Abweichungen von den strengen Regeln führte, wenn auch nicht verschwiegen werden darf, daß Ansätze hierzu bereits im klassischen Recht vorhanden waren.

[1]) Vgl. statt aller Baviera, Concetto e limiti dell' influenza del Cristianismo sul diritto romano in Mélanges Girard Bd. I 67f. und die dort S. 68, 2 zitierte Literatur.

VIII.

Culpa lata und culpa levis.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**
in Freiburg i. Br.

In Bd. 17 (S. 5f.) und 18 (S. 260f.) des Bull. hat de Medio den Nachweis versucht[1]), daß die Gleichsetzung der culpa lata mit dem dolus der klassischen Jurisprudenz fremd gewesen und auf byzantinische Interpolationen zurückzuführen sei. Hat de Medio damit recht, so ist damit zugleich bewiesen, daß die Klassiker den Begriff der culpa lata als einen technischen und juristisch bedeutsamen überhaupt nicht gekannt und nicht verwendet haben; denn die Bedeutung des Begriffs nach unsern Quellen erschöpft sich ja in jener Gleichsetzung.

Die Ausführungen de Medios haben Beifall gefunden bei Paul Krüger, der in seiner Digestenausgabe den Interpolationsannahmen de Medios folgt, lebhaften Widerspruch dagegen bei Binding in der zweiten Auflage seiner Normen (II 711f.). Dieser, obwohl er (S. 724 [25]) die Interpolation in einer nicht geringen Zahl der von de Medio beanstandeten Stellen zugibt, hält doch an der Klassizität anderer entschieden fest und schreibt, indem er sich auf sie beruft, denn auch seine eigene Auffassung des Begriffs der culpa lata schon den klassischen Juristen zu. Diese Auffassung geht bekanntlich dahin, daß unter culpa lata nicht eine besondere Art der Fahrlässigkeit, sondern der Vorsatz zu verstehen sei, der (im Gegensatz zum dolus malus) einem nicht gemeinen Motiv entstamme. Es sei, so behauptet er (S. 716), unrichtig, daß culpa in den römischen Quellen die Grundbedeutung von Fahrlässigkeit habe. Culpa bedeute Schuld, auch schuldhafte Tat, und umfasse in dieser Be-

[1]) Vgl. außerdem noch Heumann-Seckel s. v. Culpa; Mitteis, Röm. Pr.R. I 333f.; Kübler, Utilitätsprinzip S. 7f. (S.-A. aus der Berliner Festgabe für Gierke).

deutung auch den dolus malus mit. Werde sie in einem engern Sinne dem dolus gegenübergestellt, so bedeute sie die Schuld, die nicht dolus sei, und als solche hätten die römischen Juristen allerdings ganz besonders die Fahrlässigkeit herausgearbeitet. Diese heiße aber nicht culpa, sondern culpa levis, und, als deren Unterart eine culpa lata zu denken, sei logisch Unsinn. Culpa lata bedeute vielmehr lediglich schwerere oder schwere Verschuldung. Im folgenden soll die Richtigkeit dieser Lehre vom Standpunkt des klassischen wie des Justinianischen Rechts geprüft, im Zusammenhang damit vielleicht zugleich die Interpolationenforschung auf diesem Gebiet da und dort einen Schritt weiter geführt werden.

Die Fahrlässigkeit, so lehrt Binding, werde von den Römern nicht culpa schlechtweg, sondern culpa levis genannt. Diese Behauptung wird sich schwerlich halten lassen. Gegen sie darf man selbstverständlich nicht etwa die zahlreichen Stellen anführen, die dolus- und culpa-Haftung nebeneinander- oder einander gegenüberstellen. Denn in diesen Stellen wäre im Sinne Bindings dem Worte „culpa" die engere Bedeutung „Verschulden, das nicht dolus ist" zuzuschreiben, und die Haftung für dies Verschulden könnte natürlich ebensogut wie die für Fahrlässigkeit als etwas Besonderes von der dolus-Haftung unterschieden werden. Auffallend und von Bindings Standpunkt unerklärlich ist nur, daß in einzelnen dieser Stellen, und zwar in solchen, bei denen jeder Interpolationsverdacht ausgeschlossen ist, für gewisse Verhältnisse die dolus-Haftung bejaht, die culpa-Haftung aber schlechtweg verneint wird. Damit wäre die Haftung auch für culpa lata ausgeschlossen; das aber ist mit dem von Binding für klassisch gehaltenen Satze „culpa lata dolo aequiparatur" unvereinbar. Culpa muß hier etwas anderes bedeuten als Binding will. Es wird genügen, wenn ich die bekannte Stelle aus Modestin 2 differ. Coll. 10, 2, 1. 3 anführe:

> Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur de dolo, non etiam de culpa condemnandus est ..... In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur.

Wir müssen aber weitergehen und, im geraden Gegensatz zu Binding, behaupten: der Ausdruck, der nach ihm bei den Römern die Fahrlässigkeit bezeichnen soll — culpa levis —, ist als technischer den Klassikern unbekannt; sie verwenden dafür nur den Ausdruck culpa schlechtweg; die culpa levis, wo sie sich scheinbar in technischem Sinn in den Digesten und im Kodex findet, ist interpoliert.[1])

Angesichts der Rolle, die die culpa levis bei den Modernen spielt, ist schon die Seltenheit dieser Wendung in unsern Quellen überaus auffallend. Das VIR. I col. 1075 verzeichnet, allerdings nicht erschöpfend, für sie nur drei Belege. Davon scheidet einer — Ulp. 42 ad Sab. D. 9, 2, 44 pr. — sofort aus:

In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Mag man „et levissima culpa" hier übersetzen: „auch die leichteste Fahrlässigkeit" oder: „auch das leichteste Verschulden", in beiden Fällen stellt der Superlativ klar, daß der Jurist hier nicht von einer technisch so genannten culpa levis reden kann. Die zweite Stelle — Ulp. 22 ad Sab. D. 30, 47 § 5 — handelt von der Haftung beim Damnationslegat, ist schon mehrfach beanstandet worden[2]) und wird von Binding selbst (S. 724 [25]) für interpoliert erklärt:

> Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est.

In der Tat kann nicht der geringste Zweifel darüber sein, daß der Passus „an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est" unecht ist; die verkehrte Einführung der Doppelfrage mit „an non solum . . . ., verum etiam" statt mit „utrum solum . . . . an etiam", der unmotivierte Wechsel zwischen Konjunktiv und Indikativ (quae sit, quae est) sind keinem Klassiker zuzutrauen. Bleibt die dritte Stelle, Pompon. 31 ad Q. Muc. D. 41, 1, 54 § 2; sie betrifft die Haftung des homo liber bona fide serviens für Schaden, den er dem vermeintlichen Herrn zufügt:

---

[1]) So schon Kübler, Utilitätsprinzip 20, aber ohne nähere Ausführung.

[2]) Pernice, Labeo II 2, 130[2]; de Medio, Bull. 18, 266.

Sed ⟨et⟩ damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem nec tamen levem quam ab extraneo.

Statt des unmöglichen tamen des Flor. liest die Vulgata tam, was aber kaum erträglicher ist. Wahrscheinlich ist die ganze Einschränkung der Haftung auf culpa gravior interpoliert[1]); der Schluß von nec tamen oder nec tam ab ist es ganz sicher. Der Jurist hätte allenfalls sagen können, daß eine leichte culpa nicht genüge, um den liber homo haftbar zu machen, aber doch nicht, daß sie nicht erfordert werde (exigere debeamus!). Und ab extraneo (statt in extraneo), gleich als ob der Tatbestand eines Delikts eine Anforderung wäre, die an den Delinquenten gestellt wird! Und endlich und namentlich: was soll überhaupt die ganze ebenso seltsame wie überflüssige Erläuterung der culpa gravior? Zu den drei im VIR. angeführten Stellen tritt als vierte[2]) Ulp. 5 disp. D. 36, 1, 23 § 3, und als fünfte kann man noch hinzufügen Ulp. 1 ad ed. aed. D. 21, 1, 31 § 12, wo zwar nicht von culpa levis, aber doch von culpa non lata die Rede ist. Auch hier liegen zweifellose Interpolationen vor. Für D. 36, 1, 23 § 3 ist dafür bereits von Pernice[3]) und de Medio[4]) voller Beweis erbracht, dem ich nichts hinzuzufügen habe, und auch Binding erklärt die Stelle wenigstens für „vielleicht" interpoliert. Schon der Stil ist, wie Pernice mit Recht bemerkt, so abscheulich, daß er einem Klassiker unmöglich zuzutrauen ist. In D. 21, 1, 31 § 12 handelt Ulpian in Erläuterung der formula redhibitoria von der Haftung des Käufers für den etwaigen Tod des zu redhibierenden Sklaven. Nachdem in § 11 gesagt war, daß die Haftung von der culpa des Käufers oder seiner Leute abhänge, fährt § 12 fort:

Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occasionem morti emp-

---

[1]) Sie fehlt in D. 9, 2, 13 § 1. In gleichem Sinn neuerdings Riccobono, Dal dir. Rom. class. al dir. mod. (1917) 685f.

[2]) Außer Betracht lasse ich hier Papin. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 6, wo non levis culpa augenscheinlich keine technische Bedeutung hat, siehe unten S. 282.

[3]) Labeo II 2, 218 f [4]) Bull. 18, 268.

tor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.

Schon de Medio[1]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß nicht abzusehen ist, warum Ulpian, der kurz vorher in fr. 25 § 5, wo er das Edikt erläuterte, dieselbe Frage zu erörtern hatte und dort einfach die „culpa“ als das Entscheidende bezeichnete, in fr. 31 § 12 das Bedürfnis empfunden haben sollte, ausdrücklich zu versichern, daß für omnis culpa, nicht bloß für culpa lata, gehaftet werde. Auch sei die Hand der Kompilatoren in dem objektlosen debere eum (wo die Ausgaben teneri ergänzen) und in dem ganz überflüssigen „sed culpa sua“ zu erkennen. Ich möchte daneben noch hinweisen auf das unnötig umständliche propter quod dicendum est (statt des einfachen igitur), darauf, daß doch nicht in jedem occasionem morti praestare eine culpa liegt, auf den unrichtigen Modus praestitit (statt praestiterit), auf die Ungeschicklichkeit, mit der das durch etiam si eingeführte Beispiel hinten angeklebt wird, statt hinter praestitit eingeschoben zu werden. Wahrscheinlich liegt gerade hier der Schlüssel zur Wiederherstellung des echten Texts. Ulpian wird lediglich gesagt haben:

Culpam accipiemus etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung ist, daß in der echten Überlieferung der klassischen Jurisprudenz „culpa levis“ als technischer Ausdruck überhaupt nicht vorkommt. Dasselbe Bild zeigen die Kaiserreskripte der klassischen Zeit. Wir finden, wenn ich nichts übersehen habe, die culpa levis hier nur im C. Iust., und zwar in zwei Reskripten, die beide interpoliert sind, außerdem in einem — ebenfalls interpolierten — die non lata culpa.

Diocl. et Max. C. 5, 51, 7:

Quidquid tutoris dolo *vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris* minores amiserint vel, cum possint, non quaesierint, hoc etiam in tutelae *sive negotiorum gestorum utile* iudicium venire non est incerti iuris.

---

[1]) Bull. 18. 280².

In diesem auch sonst interpolierten Reskript[1]) interessieren uns nur die Worte „vel lata culpa vel levi culpa". Die culpa hier in ihre verschiedenen Grade zu zerlegen, hatten die Kaiser nicht die geringste Veranlassung.[2]) Mitteis (Röm. PrR. I 335[76] wollte nur die Worte vel lata culpa streichen[3]), wogegen Solazzi[4]) mit Recht einwendet, daß „dolo vel levi culpa" unmöglich ist. Dieser selbst vermutet im Urtext ein bloßes tutoris culpa. Wahrscheinlicher ist mir, daß im Urtext nur tutoris dolo stand.[5]) Den Kaisern wird ein dolus-Fall vorgelegen haben und allein dieser von ihnen entschieden worden sein. Die Redaktoren des Kodex fügten zunächst, mit Rücksicht auf den Satz „culpa lata dolo aequiparatur" *vel lata culpa* bei und mußten dann, um das sonst überaus naheliegende arg. e contrario auszuschließen, noch *vel levi culpa* hinzusetzen.

Diocl. et Max. C. 2, 18, 20:

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem muneris necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit ac satis abunde sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae *nec tutor nec curator constitutus* ultro quis administravit, *cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat*, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De ceteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigi non potest: et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes.

---

[1]) Vgl. Solazzi, Min. età 245 n. 3 und die dort Angef., dazu noch Lenel, ZRG. 48, 207.

[2]) Hätten sie sie übrigens gehabt, so hätten sie sicher geschrieben: vel culpa sive lata sive levi.

[3]) Wofür er sich zu Unrecht auf das κατὰ πόδας zu Bas. 38, 3, 32 berief. Das κατὰ πόδας beweist, daß vel levi culpa im Justinianischen Texte stand, nicht aber, daß vel lata culpa unecht ist.

[4]) Min. età 245[3].

[5]) So wohl auch Partsch, Studien zur Neg. gestio I 71[1].

Die Annahme der Interpolation drängt sich bei dem Passus „cum . . . . habeat“ aus folgendem Grunde ganz zwingend auf. Die Kaiser waren gefragt worden, ob ein negotiorum gestor nicht ebensogut wie ein Vormund deshalb verantwortlich gemacht werden könne, weil er seine Verwaltung auf gewisse Angelegenheiten beschränkt, andere aber beiseite gelassen, insbesondere unterlassen habe, Dritte, die Sachen des Geschäftsherrn im Besitz haben, zu belangen. Die Kaiser antworten verneinend, indem sie darauf hinweisen, daß der Umfang der Verwaltung des Vormundes durch seine Amtspflicht, der der Verwaltung des gestor aber durch seinen freien Willen bestimmt werde; der gestor könne daher nur wegen der Geschäfte, deren Besorgung er freiwillig übernommen habe, nicht aber wegen sonstiger Angelegenheiten des Geschäftsherrn belangt werden. In diesen ganz klaren Gedankengang schneit nun, man weiß nicht wie, der jeden Zusammenhangs mit Frage und Antwort bare Begründungssatz herein: „cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat“. Wenn der gestor wegen der von ihm ultro übernommenen Geschäfte belangt werden kann, so ist das doch wahrlich nicht die Folge davon, daß er für culpa levis einzustehen hat. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß die Redaktoren des Kodex einfach die Gelegenheit benutzt haben, um eine Bemerkung über die Verschuldenshaftung des gestor einzuschmuggeln.

Alexand. C. 5, 75, 2:

In heredes magistratus, cuius *non lata* culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari.

Die Leute Justinians haben hier *non lata* mit Rücksicht auf die von ihnen beliebte Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus eingeschoben. Sprachlich ist das Reskript freilich untadelhaft; die Interpolation ergibt sich aber zur Evidenz daraus, daß zwei andere Stellen, die die Haftung des heres magistratus und tutoris betreffen, ganz in der gleichen Tendenz interpoliert worden sind. Die eine ist Ulp. 3 disp. D. 27, 8, 4:

Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi

tenentur: nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur. *nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.*

Als Interpolationsindizien hat schon de Medio (Bull. 18, 269) das wiederholte nam[1]) und das für einen Klassiker ganz unmögliche culpae succedaneus hervorgehoben; hinzuzufügen wäre noch die Verwendung von ipsius statt des einfachen eius, die einem allgemein bekannten Sprachgebrauch der Kompilatoren entspricht. Die zweite Stelle ist das Reskript Severs und Caracallas C. 5, 54, 1, das ebenfalls längst als interpoliert erkannt ist:

Heredes tutoris ob neglegentiam, *quae non latae culpae comparari possit*, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est *neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit.*

Der Urtext sprach hier einfach von neglegentia. Erst die Redaktoren des Kodex haben die verdrehte Wendung „quae non latae culpae comparari (!) possit" hinzugefügt[2]), ebenso wie den Schluß von neque ab, wo als Ausnahmen von der Nichthaftung der Erben für gewöhnliche neglegentia Fälle angeführt werden, in denen gar keine Negligenz, sondern vorsätzliche Schädigung des Mündels vorliegt.[3])

Ich glaube im bisherigen nachgewiesen zu haben, daß die technisch sog. culpa levis weder in Juristenschriften, noch in Reskripten der klassischen Zeit vorkommt, vielmehr nachklassischer, höchstwahrscheinlich byzantinischer Herkunft ist. Die Fahrlässigkeit heißt bei den Klassikern einfach culpa schlechtweg. Freilich nun hat der Ausdruck culpa bei ihnen nicht immer diese Bedeutung; wir begegnen ihm — darin hat Binding ganz recht — zuweilen in einem weitern Sinne, wo er jedes Verschulden in sich begreift,

---

[1]) Rotondi, Bull. 25, 53f. hält den Satz „nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur" für unecht, dagegen für echt die Worte „nam magistratus in omne periculum succedit". An der Interpolation des Schlusses von heres ab zweifelt auch er nicht.

[2]) de Medio, Bull. 18, 270[1]; Krüger, Festg. f. Güterbock 249.

[3]) Man beachte auch den Wechsel vom Indikativ est zum Konjunktiv sit und die unklare und unlateinische Wendung „gratiae praestitum sit".

und so wäre es immerhin denkbar, daß die Klassiker die Wendung culpa lata und die gleichbedeutende culpa dolo proxima gebraucht hätten, um, wie Binding will, das schwerere Verschulden zu bezeichnen. Denkbar, aber damit noch nicht bewiesen, und insbesondere nicht bewiesen, daß dabei an den Vorsatz ohne gemeines Motiv zu denken sei. Gegen eine dahingehende Annahme erheben sich sofort Bedenken, die nicht leicht zu überwinden sein dürften. Zunächst: die culpa lata, als schweres Verschulden verstanden, würde offenbar den dolus mit umfassen, da ja in dem Ausdruck nichts liegt, was das dem dolus eigene unsittliche Motiv ausschlösse. Der dolus wäre also nur eine Unterart der culpa lata, und es wäre unbegreiflich, daß gleichwohl die culpa lata als eine besondere Schuldart dem dolus, sei es auch im Sinn der Gleichsetzung, gegenübergestellt wird. Weiter: Binding stützt sich auf die Justinianische Textüberlieferung, die er mindestens zum Teil für zuverlässig hält. Da ist es nun, von diesem Standpunkt aus, doch höchst auffallend, daß die Byzantiner einstimmig unter culpa lata nicht eine Art des Vorsatzes, sondern, genau wie die Modernen, lediglich die grobe Fahrlässigkeit verstehen; sie übersetzen culpa lata mit *μεγάλη ἀμέλεια* oder *ῥᾳθυμία*[1]), Ausdrücken, die keine andere Deutung zulassen. Diese Bedenken müssen dahin führen, die Quellentexte mit doppelter Vorsicht daraufhin zu prüfen, ob sie, sei es für das klassische, sei es für das Justinianische Recht Bindings Auffassung rechtfertigen.

1. Rechtswidriger Vorsatz aus Mitleiden schließt, sagt B. S. 730, dolus malus aus und begründet culpa lata. Als Belege dienen zwei Stellen, die aber schwerlich als solche gelten können.

Ulp. 30 ad edict. D. 16, 3, 7 pr.:
Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, *dolo proximum esse quod factum est arbitror*, *quia* cum sciret,

---

[1]) Vgl. die Belege bei de Medio, Bull. 18, 300f., die leicht noch vermehrt werden könnten.

cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, *cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

Es fällt sofort auf, daß hier von culpa lata überhaupt nichts gesagt ist, sondern nur, das Geschehene stehe dem dolus sehr nahe, und ich halte es für willkürlich, wenn auch de Medio (Bull. 17, 26 [2]) erklärt, mit dem dolo proximum sei die culpa lata gemeint, und gerade deshalb eine Interpolation annimmt. Auch das Scholium zu der Stelle[1]) beruft sich hier nicht auf die Parömie „*ἡ λάτα κούλπα δόλῳ προσέοικεν*", die die Byzantiner sonst nicht leicht anzubringen versäumen, sondern beschränkt sich auf Feststellung der dem Fall entsprechenden Regel: *ὁ ἄκαιρος οἶκτος δόλῳ ἔοικεν.* Interpoliert ist aber die Stelle nichtsdestoweniger, und zwar nicht bloß, was auch Binding als wahrscheinlich gelten läßt, der Schlußsatz von *cum posset* an, sondern gerade auch das *dolo proximum est quod factum est.*[2]) Id „quod factum est", das Geschehnis, die Handlung, konnte von einem Klassiker sowenig als dolo proximum, wie als dolus bezeichnet werden, da dolus ja doch immer nur das Willensmoment in der Handlung, nicht die Handlung selbst ist. Formell beachte man den sonderbaren und gerade hier, wo die Gesinnung des Handelnden entscheiden soll, besonders störenden Übergang ins Passivum (quod factum est statt quod fecit). Echt wird nur das „intempestive misericordiam exercuit" sein. Die Folgerung, die der Jurist aus der Unzeitigkeit des Mitleids zog — vermutlich, wie in D. 4, 3, 7 § 7, die Zuständigkeit einer actio in factum —, haben die Kompilatoren gestrichen, weil sie die actio sequestraria selbst zulassen wollten.

Auch in der zweiten von B. (S. 733) angeführten Stelle — Modest. 4 de poen. D. 48, 3, 14 § 1. 2 — steht nichts von culpa lata. Sie handelt von der Bewachung von Untersuchungsgefangenen:

Nec uni sed duobus custodia committenda est. qui si neglegentia amiserint, pro modo culpae vel castigantur

---

[1]) Bas. 13, 2, 7 sch. 2.

[2]) Schon von de Medio a. a. O. angefochten, aber ohne ausreichende Begründung.

vel militiam mutant: quod si levis persona custodiae fuit, castigati restituuntur. nam si miseratione custodiam quis dimiserit, militiam mutat: fraudulenter autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur.

Miseratio und fraus, meint B., werden in dieser Stelle als „neglegentia" zusammengefaßt. Dabei denkt er sich, was aber in der Stelle nicht gesagt ist, die miseratio als culpa lata, die fraus als dolus. Diese Deutung ist aber unmöglich. Zuzugeben ist, daß eine „neglegentia" auch vorsätzlich begangen werden kann. Hier aber bedeutet das Wort, wie so häufig, sicherlich nur die fahrlässige neglegentia; sonst würden strengere Strafen als die bloße castigatio und mutatio militiae an sie geknüpft sein. Als Folge des fraudulenter versari bezeichnet ja auch der Jurist u. a. die Todesstrafe, die niemand als castigatio auffassen konnte. Dies Beispiel paßt also schlechterdings nicht auf die These des Eingangs; die fraus kann hier nicht als Fall der neglegentia gedacht sein, und folgeweise — trotz des nam — auch nicht die miseratio, zu der die fraus in Gegensatz gestellt ist. Die ganze Stelle ist übel zugerichtet, vermutlich aus verschiedenen im Original getrennten Äußerungen Modestins ungeschickt zusammengestoppelt. Man beachte, außer dem Gesagten, die Objektlosigkeit des amiserint, in dem nam-Satz den Übergang zum Singular, während vorher der Plural gebraucht war, endlich die Unterbrechung des Zusammenhangs durch den Satz „quod si . . . . restituuntur", der mit der Verschuldensfrage gar nichts zu schaffen hat. M. E. kann aus der Stelle gar nichts weiter gefolgert werden, als daß der Wächter, der den Gefangenen aus Mitleid entlaufen läßt, milder bestraft wurde.

2. Rechtswidriger Vorsatz, so lautet eine zweite These B.s (S. 733), nicht aus Eigennutz, sondern aus Konnivenz gegen einen Dritten schließt dolus malus aus und begründet culpa lata. Das soll aus einigen Stellen Ulpians hervorgehen. Vor allem aus Ulp. 31 ad ed. D. 17, 1, 8 § 9. 10:

Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: proinde si tibi mandavi, ut hominem

emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti *(forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret)* *aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere)*, teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit *nec culpa*, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestem tuam pervenerit, te restituturum.

B. meint, es fehle jeder Grund, an der Echtheit dieser auch schon von andrer Seite beanstandeten Stelle[1]) zu zweifeln. M. E. ist sie, soweit sie von culpa lata und culpa handelt, unzweifelhaft interpoliert. Die Interpolation ergibt sich aus dem Zusammenhang. Dolos handelt, so heißt es zunächst, der Mandatar und haftet deshalb, wenn er die auftragsgemäß gekaufte Sache, obwohl er es kann, nicht herausgibt — hier ist von culpa lata, obwohl sie auch hier sehr wohl denkbar wäre, keine Rede. Ebenso haftet, so geht die Erörterung folgerichtig weiter, auch der, der den Kauf dolos unterlassen hat: hier wird in störendster Weise die Erwähnung der culpa lata hinten angeflickt. Und ebenso soll endlich Haftung auch dann eintreten, wenn, wie im Fall der fuga servi, dem Beauftragten die Herausgabe durch eigenen dolus unmöglich geworden ist: hier ist die Interpolation durch die unlogische Gegenüberstellung „si quidem dolo tuo, teneberis" und „si dolus non intervenit *nec culpa*, non teneberis" besonders deutlich.[2]) Daß die zwei Parenthesen beide mit forte eingeleitet werden, einem Lieblingswort Tribonians und seiner Leute, ist keineswegs, wie B. glaubt, der einzige Grund für die Annahme der Unechtheit, sondern nur ein sie unterstützendes Moment. Man hat also nicht zu fragen: wie kam Ulpian dazu, den

---

[1]) Vgl. Eisele, ZRG. 26, 139; de Medio. Bull. 17, 23 und 18, 277; Mitteis, Röm. PrR. I 335 [77].

[2]) Der Schlußsatz ist ohne Zweifel auch sonst noch verändert. Das wiederholte sed et si mit dem darauffolgenden si quidem hat der Klassiker nicht geschrieben. Vielleicht hieß es im Urtext einfach: sed et si dolo emere neglexisti aut si servus quem emisti fugit dolo tuo, teneberis.

Fall „si gratia ductus passus es alium emere" als einen solchen bloßer culpa lata zu bezeichnen?, sondern: wie kamen die Byzantiner dazu? B. meint, weil hier dem Vorsatz das eigennützige Motiv fehle. Darauf wäre zu erwidern, daß nicht bloß der Eigennutz den Vorsatz mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet. Wer das Vertrauen seines Auftraggebers täuscht, um einem guten Freund einen Vorteil zuzuwenden, mag unter Umständen sein Verhalten moralisch entschuldigen können; in der Regel sicherlich nicht. Von entschuldigenden Umständen aber ist in der Stelle nichts gesagt, und auch die byzantinische Erläuterung zu fr. 8 § 10 (Heimb. II S. 80) enthält keine dahingehende Andeutung, sondern sieht in der lata culpa hier wie sonst nur eine *μεγάλη ῥᾳθυμία καὶ ἀμέλεια*. Wahrscheinlich — mehr als eine Vermutung ist nicht möglich — hat sich der Interpolator den Fall so vorgestellt, daß sich der Beauftragte das in der Begünstigung des Freundes liegende Unrecht leichtsinnig und gedankenlos nicht zum Bewußtsein gebracht habe. Ganz gewiß ist das Beispiel, nackt wie es dasteht, als Beispiel für culpa lata, auch für culpa lata in Bindings Sinne, so unpassend wie möglich, und zwar einem Byzantiner, nicht aber einem Klassiker zuzutrauen.

Noch viel stärker interpoliert ist eine zweite Stelle, auf die sich B. beruft, Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 7 § 2:

> Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, *hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit solam latam neglegentiam eos praestare in hac parte debere.*

Mit Recht betont Beseler[1]), *hoc est* diene in logischer Rede zur Bezeichnung der Identität, nicht zur Exemplifikation, und der Satz *si neque* usw. sei unerträglich elliptisch. Der Schlußsatz aber ist, wie schon de Medio[2]) gesehen hat, verdächtig sowohl durch das bei den Kompilatoren sehr be-

---

[1]) Beiträge 1, 93.

[2]) Bull. 18, 262. S. auch Mitteis, Röm. PrR. I 334 [68].

liebte „*recte quis dixerit*“, wie auch durch das der Präzision ermangelnde in hac parte; die auffallende Beschränkung der Haftung auf lata neglegentia wurde wahrscheinlich verfügt, um den Vormündern einen Antrieb zu der von Justinian gewünschten Anlage des Mündelvermögens in Grundstücken zu geben. B., der die Stelle für echt hält, gibt der lata neglegentia des Schlußsatzes Bezug auf das vorhergehende gratiose und findet so darin eine Bestätigung seiner Annahme, daß Vorsatz aus bloßer Konnivenz kein dolus, sondern culpa lata sei. Diese Deutung ist m. E. aus mehreren Gründen unmöglich. Wenn der Vormund aus Konnivenz gegenüber dem ihm befreundeten Verkäufer einen für den Mündel unvorteilhaften Kauf abschließt, so kann man zwar sagen, es falle ihm „schweres Verschulden“ zur Last (lata culpa in B.s Sinne), niemals aber, es treffe ihn der Vorwurf grober neglegentia: ein vorsätzliches Handeln beruht niemals auf neglegentia und wird auch weder in den echten, noch in den interpolierten Quellen darauf zurückgeführt.[1]) Weiter beachte man die Form der Frage: quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerit? Es wird nach der Haftung des Vormunds gefragt, der weder aus Eigennutz, noch Konnivenz, aber eben unvorteilhaft gekauft hat. Die Antwort auf die so gestellte Frage kann sich doch offenbar nur auf den gekennzeichneten Fall beziehen, wo weder sordes noch gratia vorliegt. Aus welchem Gesichtspunkt heraus die Haftung für gratia, wie die Frage zeigt, als unzweifelhaft gilt, ist nicht gesagt. Daß es der der culpa lata gewesen, ist aber höchst unwahrscheinlich. Denn wenn sordes und gratia als Beispiele für dolus und culpa lata gedacht gewesen wären, und die Antwort hätte besagen wollen, daß Haftung nur in gleichgearteten Fällen eintrete, so hätte sie lauten müssen: solum dolum et latam neglegentiam praestari debere. Daß die Byzantiner endlich die Haftung für lata neglegentia als etwas Besonderes gegenüber der für gratia ansahen, zeigt deutlich der Tipucitus (Heimb. III S. 659): *καὶ περὶ τοῦ, ἐὰν ἐπιζήμιον ἀγρὸν ἀγο-*

---

[1]) Auch nicht in den von B. S. 769 im Anhang angeführten Stellen.

ῥάσῃ κατὰ χάριν ἢ κέρδος ἢ μεγάλην ἀμέλειαν, d. h. aut gratiose aut sordide aut lata neglegentia.

Es erübrigt sich, auf die weiteren von B. in diesem Zusammenhang angeführten Stellen einzugehen. In ihnen allen — sie sind übrigens sämtlich interpoliert — ist entweder nur von gratia die Rede (wie in D. 4, 4, 7 § 8) oder nur von culpa lata (wie in D. 18, 4, 2 § 5 und 11, 6, 1 § 1); dafür, daß ihre Verfasser in der gratia nur eine culpa lata gesehen oder bei der culpa lata an gratia gedacht hätten, bieten sie nicht den geringsten Anhalt.

3. Eine fernere Bekräftigung seiner Auffassung der culpa lata formuliert B. (S. 740) in dem Satz: die widerrechtliche absichtliche, aber nicht dolose Hintansetzung der fremden Sache hinter die eigenen begründet culpa lata. Als Beleg dafür dient die vielbesprochene Stelle Cels. 11 dig. D. 16, 3, 32:

> Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

B. hält diesen Text für klassisch. Das trifft schwerlich zu.[1]) Anstößig ist der Konjunktiv diceret, anstößig die These „latior culpa dolus est", die in dieser zugespitzten Form (es heißt nicht etwa pro dolo accipitur) von jedem Standpunkt aus falsch ist und nun gar so schon von Nerva aufgestellt worden sein soll. Anstößig ist das nam et si quis non ad eum modum diligens est usw., da ja doch genau das gleiche auch dann gelten müßte, wenn der Depositar[2]) ein diligens pater familias ist, die sonst von ihm beobachtete Diligenz aber in bezug auf die deponierte Sache eben nicht beobachtet. Anstößig ist die ganz schiefe Wendung „quem hominum natura desiderat" zur Bezeichnung der Normal-

---

[1]) Vgl. namentlich Kübler, Utilitätsprinzip 11.

[2]) Daß die Stelle im Urtext von der Tutel, nicht vom Depositum handelte (s. Pernice, Labeo II 2, 202. 215), ist nach der Inskription wahrscheinlich, aber doch nicht streng erweislich.

sorgfalt. Man wird also auch hier guttun, nicht nach der Meinung des Klassikers, sondern nach der des byzantinischen Redaktors zu suchen. Binding verkennt natürlich nicht, daß die Pflicht zur diligentia quam suis auch fahrlässig verletzt werden kann. Im Fall des fr. 32 aber unterstellt er gleichwohl eine bewußte und absichtliche Verletzung; er denkt an einen Fall, wo der Verpflichtete in einer Notlage die eigenen Sachen gerettet, die fremden aber preisgegeben hat. Nur so sei es erklärlich, daß von einer fraus, von non salva fides des Depositars gesprochen werde. Was einem solchen Verhalten bei alledem den Charakter als dolus nehme, sei lediglich der Umstand, daß der Eigennutz in solcher Lage auch in den Augen des Rechts ziemlich natürlich sei, daß es ferner an der Lust, den andern zu schädigen, fehle. Ich vermag dieser Auffassung nicht zu folgen. Die Stelle enthält nicht die entfernteste Andeutung, daß der Fall so zu denken sei, wie B. will. Nur davon ist die Rede, daß der Depositar sich verantwortlich mache, wenn er die deponierte Sache mit geringerer Sorgfalt behandle als die eigenen, etwa, um ein modernes Beispiel zu wählen, die eigenen Wertpapiere in den Kassenschrank einschließt, die deponierten aber nicht. Läge aber der Fall wirklich so, wie B. unterstellt, dann wäre dasselbe zu sagen wie in dem der Konnivenz. Gewiß lassen sich Umstände denken, die ein derartiges Verhalten des Depositars mehr oder weniger entschuldigen können, z. B. wenn er nicht die eigenen und die fremden Sachen beide zu retten imstande war, sondern nur die Wahl hatte, jene oder diese zugrunde gehen zu lassen. Abgesehen von solchen Ausnahmefällen wird sein Verhalten dem Vorwurf der Unsittlichkeit nicht entgehen und als recht eigentlich dolos zu bezeichnen sein. Ein Depositar, der etwa bei einem ausgebrochenen Brand die eigenen Sachen rettet, die daneben liegenden fremden aber bewußt und absichtlich liegen läßt, begeht meiner Empfindung nach eine Gemeinheit. Es geht m. E. nicht an, den Fall in der von B. gewollten Richtung über das in der Stelle selbst Gesagte hinaus zu spezialisieren, und die Worte „non caret fraude" machen gerade von B.s Standpunkt aus besondere Schwierigkeiten. Denn in dem Wort fraus liegt

nichts, was den rechtswidrigen, aber nicht unsittlichen Vorsatz kennzeichnete, und in der (ebenfalls interpolierten) Stelle D. 26, 10, 7 § 1 wird von der lata neglegentia gesagt, nicht daß sie fraus sei, sondern nur, daß sie ihr nahestehe (quia ista prope fraudem accedit). Ich meinerseits möchte annehmen, daß die Verfasser der Stelle die fraus und den Bruch der fides einfach in der Täuschung der berechtigten Erwartung des Deponenten erblickten. Ob ein klassischer Jurist so geschrieben hätte[1]), ist eine andere Frage.

In der gleichen Richtung wie D. 16, 3, 32 verwertet B. (S. 744f.) auch noch eine zweite Stelle, Ulp. 5 disp. D. 36, 1, 23 § 3:

> Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: *culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est.* et ita Neratius libro primo responsorum scribit. sed et si, cum distrahere deberet, non fecit *lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia, huiusmodi rei* rationem reddet. *sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.*

Auch diese Stelle ist, wie schon oben[2]) bemerkt, auf das stärkste interpoliert; vielleicht ist alles von sed et si ab unecht; zweifellos aber sind es alle die Satzteile, wo von culpa die Rede ist. Aber auch hier wollen wir uns der Frage nicht entziehen: woran haben die Byzantiner bei den Worten „lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia" gedacht? Dürfen wir dem Tipucitus glauben, an *μεγάλη*

---

[1]) In dem Gebrauch der Wendung non *caret* fraude liegt für sich allein zwar kein Beweis der Interpolation, wohl aber ein unterstützendes Moment für die Annahme einer solchen. So viel hat m. E. Beseler, Beitr. 1, 47f. dargetan. Auch in D. 17, 1, 29 § 4 und 42, 8, 10 § 3 ist caret und non caret fraude sicher interpoliert.

[2]) S. Seite 266.

ῥᾳθυμία, nach B. an bewußt pflichtwidrige Unterlassung. Der Fiduziar, meint er, kenne seine Veräußerungspflicht und erfülle sie nicht, weil er wisse, daß er die Erbschaft doch restituieren müsse, der Schaden also nicht ihn treffen werde; darum gebe er sich nicht die Mühe, einen Käufer zu suchen, die er sich für seine Sachen allerdings gegeben haben würde. In dem Nachweis, daß der Erbe in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflege, sehe der Verfasser der Stelle genügenden Beweis dafür, daß die abweichende Behandlung der Erbschaftssachen auf Absicht beruhe. In der Stelle hat all dies m. E. keinerlei Anhalt. B. übersieht m. E., daß der Maßstab der diligentia quam suis doch immer nur dem gewöhnlichen Verhalten des Sorgfaltspflichtigen entnommen ist, daß aber jeder, auch der Sorgfältigste und erst recht der minder Sorgfältige, gelegentlich aus Leichtsinn, Vergeßlichkeit, Zerstreutheit usw. hinter seiner eigenen Normalsorgfalt auch in eigenen Angelegenheiten zurückbleibt. Auch wer wichtige briefliche Mitteilungen einschreiben zu lassen pflegt, vergißt das einmal; auch wer mit Feuer und Licht vorsichtig umzugehen pflegt, läßt dann und wann die gebotene Vorsicht außer acht; auch wer den Wasserhahn zuzudrehen pflegt, mag das einmal vergessen und so eine Überschwemmung in seinem Haus veranlassen usw. Ich denke, jeder wird aus seinem eigenen Leben sich Fälle genug ins Gedächtnis zurückrufen können, wo er, entgegen seiner sonstigen Gewohnheit, sorglos und leichtsinnig gehandelt hat und sich erst nachträglich, vielleicht erst als ein Schaden eingetreten war, dessen bewußt geworden ist. Eben deshalb aber geht es nicht an, in Fälle, wo jemand in fremden Angelegenheiten die diligentia quam suis verletzt hat, ohne weiteres das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit hineinzutragen.

4. Einen weiteren Fall der culpa lata aus nicht dolosem Eigennutz findet B. (S. 747) in Papin. 8 resp. D. 34, 3, 24:

> Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui vo-

luntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, *dolo proximum erit ideoque* repeti potest.

Wenn irgendeine Interpolation gewiß ist, so ist es hier die der Worte „*dolo proximum erit*“, obwohl diese selbst von de Medio (Bull. 18, 292) nicht angezweifelt werden. Dolos oder dem dolus nahestehend kann eine Gesinnung oder Willensrichtung sein, aber doch nicht eine Schuldsumme (quod fuerit exactum). So liederlich schreibt Papinian nicht. Der Grund der Entscheidung wird von B. m. E. nicht genau erfaßt. Er meint, der Gläubiger habe den Umstand, daß er noch nicht Erbe, also „strenggenommen“ noch forderungsberechtigt sei, und daß der Schuldner wegen seiner Unkenntnis des Testaments „die exceptio doli noch nicht vorschützen kann“, benutzt, um den Willen des Erblassers zu umgehen. Allein, solange der Gläubiger noch nicht Erbe geworden ist, ist er nicht nur „strenggenommen“, sondern in jedem Sinne forderungsberechtigt, und von einer exceptio doli des Schuldners konnte keine Rede sein. Bei dem repeti potest ist darum auch m. E. nicht an die condictio indebiti, sondern einfach an die Geltendmachung des Fideikommisses zu denken, und für die Berechtigung dieser repetitio war es in Papinians Sinne vollkommen gleichgültig, ob der Gläubiger, als er die Forderung eintrieb, bereits entschlossen war, die Erbschaft anzutreten oder nicht; genug, daß er von dem Liberationsvermächtnis damals schon wußte. Erst der Byzantiner hat in dem Verhalten des Gläubigers ein dolo proximum zu finden geglaubt, diese Wendung aber vermutlich deshalb gewählt, weil er wußte, daß die exceptio doli dem Schuldner erst durch den Erbschaftsantritt erwuchs. Hätte der Gläubiger tatsächlich die ihm von B. zugeschriebene Absicht gehabt, dem Willen des Erblassers eine Nase zu drehen, so wäre das m. E. unzweifelhaft echter dolus. Was B. hiegegen vorbringt — daß der Gläubiger vor Antritt der Erbschaft durch den Willen des Erblassers noch nicht strikt gebunden gewesen sei, und daß es für ihn schmerzlich sein müsse, seine Forderung zu verlieren —, das konnte ein derartiges Verhalten sicherlich auch vom Standpunkt des „römischen Egoismus“ aus nicht moralisch entschuldigen. Soll etwa jeder, der sich einer

Rechtspflicht, deren Erfüllung ihm Vermögensopfer kosten würde, bewußt entzieht, frei von dem Vorwurf des dolus sein?

5. Es folgen weiter bei B. (S. 748f.) einige Stellen, in denen, wie er zugesteht, die Quellen „das einzelne Moment, das der culpa lata zum dolus fehlt, nicht ausdrücklich hervorheben", in denen sich aber nirgends ein ernster Zweifel an ihrer Vorsatznatur erheben könne. Umgekehrt möchte ich behaupten, daß in keiner dieser Stellen irgendein Anhalt dafür vorliegt, die culpa lata als Vorsatz aufzufassen.

Papin. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 6:

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

B. legt in diese Stelle zweierlei hinein, was nicht in ihr gesagt ist. Einmal, daß der Vormund von der Unstichhaltigkeit seines Exkusationsgrundes gewußt habe.[1]) Zweitens, daß der Vormund nicht in der Absicht, den Mündel zu schädigen, die Vormundschaft abgelehnt habe — das wäre dolus malus —, sondern nur aus Trägheit, um sich die Lasten der Vormundschaft vom Hals zu schaffen — das ist nach B. Vorsatz ohne unsittliches Motiv, also culpa lata. In Wirklichkeit hat die Wendung non levis culpa hier überhaupt nicht die technische Bedeutung, die (in welchem Sinn immer) die Byzantiner der culpa lata beigelegt haben.[2]) Schon Cujaz hat dies richtig erkannt (ed. Neap. IV col. 1016): hoc loco „non levis culpa" est: non quaelibet, *οὐ τυχοῦσα*; nec enim puto Papinianum respexisse ad culparum gradus . . . ., sed tantum hoc voluisse: non quamlibet esse culpam,

---

[1]) Er begründet dies damit, daß es nur eines Blickes auf die Exkusationsgründe bedürfe, um zu sehen, daß in den bei weitem meisten Fällen ein Zweifel über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein nicht entstehen konnte. Umgekehrt möchte ich sagen: ein Blick auf die eingehenden Erörterungen der römischen Juristen und die zahlreichen Kaisererlasse, die das Exkusationsrecht betreffen, zeigt, daß hier Zweifel in Hülle und Fülle auftauchen konnten.

[2]) Ob der Begründungssatz echt ist? Rotondi, Bull. 25, 53 bezweifelt dies nicht ohne Grund.

n'estre pas peu de cas, detrectare mandatum officium' tutelae usw.

Ulp. 7 disp. D. 17, 1, 29 pr.:

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur.

Daß diese Stelle interpoliert ist, wird von B. anerkannt; er verwertet sie daher nur für das Justinianische Recht. Indem, so sagt er, der Bürge wissentlich die Vorschützung der exceptio doli oder n. n. p. unterlasse, handele er bewußt gegen die übernommene Mandatspflicht; dennoch nenne die Stelle jene absichtliche Unterlassung nicht immer dolos, sie könne auch dissoluta neglegentia sein; dagegen entschuldige die leichtfertigste Unwissenheit, wenn sie nur wirklich vorhanden sei, den Bürgen vollständig. Hier waltet, irre ich nicht, ein Mißverständnis ob. B. scheint das scire und ignorare des Bürgen auf dessen Wissen oder Nichtwissen von der Zuständigkeit der exceptio zu beziehen, während in der Stelle, wie der Zusammenhang ergibt, vielmehr an das scire oder ignorare non numeratam esse pecuniam gedacht ist. Es handelt sich um die sei es dolose, sei es kulpose Nichtbenutzung eines prozessualen Rechtsbehelfs, dessen tatsächliche Grundlagen, wie der Bürge wußte, gegeben waren. Dafür, daß die dissoluta neglegentia eine bewußte Pflichtwidrigkeit bedeute, bietet die Stelle keinerlei Anhalt.

Ebensowenig Belang hat die Bezugnahme B.s auf den gleichfalls interpolierten § 3 des gleichen Fragments. Der Bürge hat gezahlt, davon aber dem Hauptschuldner keine Mitteilung gemacht, so daß dieser nochmals zahlte. Dem Bürgen wird die actio mandati versagt: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori. Auch hier wieder unterstellt B. ohne Grund, daß der Bürge die ihm obliegende Benachrichtigungspflicht — aus Trägheit oder Indifferenz — bewußt verletzt habe. Kann der Bürge

die Mitteilung nicht auch aus reiner Vergeßlichkeit unterlassen haben?

Ohne Belang ist endlich auch Ulp. 22 ad ed. D. 11, 1, 11 § 10. 11:

> Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.

Die Stelle ist nicht nur, wie B. (S. 750) zugesteht, wahrscheinlich, sondern ganz sicher interpoliert. Unecht ist nicht nur das nisi culpa dolo proxima sit[1]), sondern jedenfalls auch das absolvi eum debere, da in klassischer Zeit hier keine absolutio, sondern nur eine Restitution in Frage kommen konnte[2]); wahrscheinlich ist der ganze § 11 byzantinisches Machwerk. B. unterstellt auch hier bei der Ausnahme nisi usw., daß der interrogatus seine Erbeneigenschaft gekannt habe; diese Lüge soll deshalb hier nicht als dolus gelten, weil der interrogatus wohl nur deshalb gelogen habe, um den Kläger ohne weitere Schädigungsabsicht hinzuhalten, oder gegen Richtigkeit oder Unrichtigkeit seiner Antwort gleichgültig gewesen sei!

Als letzten Beleg führt B. (S. 751) in diesem Zusammenhang noch das Reskript Caracallas an, C. 5, 53, 2, das er selbst als „wohl interpoliert" bezeichnet:

> Is qui rationes tutelae *seu curae*[3]) reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres *per longam successionem* (?) tutoris instrumenta pupillaria *dolo*[4]) circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. *Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.*

Die Stelle ist ganz besonders abscheulich und gedankenlos interpoliert.[5]) Im Vordersatz ist klar und deutlich als Vor-

[1]) de Medio, Bull. 18, 264.

[2]) So auch Biondi, Giuramento 64.

[3]) Solazzi, Min. età 103. [4]) Mommsen.

[5]) Zur Interpolation des Schlußsatzes vgl. de Medio, Bull. 18, 264.

aussetzung für den Schätzungseid dolus des beklagten Erben gefordert. Im Nachsatz tritt lata culpa daneben, und zwar so ungeschickt wie möglich zwischen dolus und fraus gestellt. Binding versteht das culpa lata von einem Fall, wo der Erbe die Exhibition zwar auch bewußt pflichtwidrig, aber etwa „aus Saumseligkeit oder aus andern Gründen" als um den Mündel zu übervorteilen, unterläßt. Allein der Vordersatz unterstellt ein exhibere non velle; an bloße Saumseligkeit ist daher nicht zu denken, und es dürfte recht schwer sein, einen Fall zu konstruieren, wo der Beklagte bewußt pflichtwidrig die Vorlage der den Mündel angehenden Urkunden verweigert und doch moralisch soll entschuldigt werden können. In Wirklichkeit dürfte der Interpolator bei Formulierung des Nachsatzes die Voraussetzung „si heres exhibere non vult" vergessen haben; dem bekannten Prinzip zulieb setzte er die culpa lata neben den dolus und dachte dabei einfach an ein grobfahrlässiges non exhibere, nicht aber an bewußte Pflichtwidrigkeit.

6. Ein besonderes Interesse widmet, wie natürlich, B. (S. 752f.) den wenigen Stellen, die die Rolle der lata culpa im Strafrecht betreffen. Den Ausgangspunkt der Erörterung bietet ihm hier Paul. de publ. iud. D. 48, 8, 7:

> In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

B. (S. 753) hält die Erwähnung der culpa lata an dieser Stelle im Gegensatz zu de Medio (Bull. 17, 31) für klassisch, aus Gründen, die schwerlich durchschlagen. Die Interpolation wäre, sagt er, die einzige, in der die Gleichstellung von dolus und culpa lata verneint und nicht bejaht werde. Aber die Kompilatoren hatten doch wahrlich alle Ursache, gerade bei dem Mordgesetz von der sonst beliebten Gleichstellung eine ausdrückliche Ausnahme zu machen. Eine solche Ausnahme hätte, meint freilich B., nicht auf das Gebiet der lex Cornelia beschränkt, sondern viel all-

gemeiner gefaßt und etwa in den Titel 48, 1 aufgenommen werden müssen. Da traut er den Kompilatoren viel mehr Umsicht und Konsequenz zu, als sie besaßen. Bei den vorher in den D. behandelten leges de maiestate, de adulteriis, de vi kam die kulpose Tat nicht in Frage; die lex Cornelia de sicariis war die erste, wo sie in Betracht zu ziehen war; so erklärt sich leicht die Interpolation gerade an diesem Ort. Die Stelle weist aber auch sehr deutliche äußere Kennzeichen der Interpolation auf, was de Medio a. a. O. nicht gesehen und daher unvorsichtigerweise verneint hat. Man achte darauf, wie sklavisch der zweite Satz die Form des ersten nachbildet: in lege Cornelia dolus pro facto accipitur — neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Dazu kommt, daß, so eng an den ersten angeschlossen, der zweite Satz bei einem guten Schriftsteller nur könnte besagen wollen: zwar der dolus[1]), nicht aber die culpa lata, die dem dolus hier nicht gleichstehe, gelte für die Tat.[2]) Dazu aber passen die beigefügten Beispiele nicht, die Fälle vollendeter Tötung betreffen. M. E. sind der Eingang und die Beispiele echt. Der Zusammenhang aber war im Urtext, statt durch den interpolierten Satz, durch eine Bemerkung vermittelt, die im Gegensatz zum ersten Satz hervorhob, daß ein sine consilio factum nicht unter die lex falle.[3]) Ganz unmöglich aber ist es jedenfalls, mag man nun den Zwischensatz für interpoliert halten oder nicht, die Beispiele anders aufzufassen denn als solche fahrlässiger Tötung. Durch den Wortlaut der Stelle wird Bindings Annahme ausgeschlossen, man müsse sich das erste Beispiel so vorstellen, daß der Schuldige von oben absichtlich, etwa aus Rüpelei, einem unten Gehenden auf den Kopf gesprungen sei. Die Worte „et super alium venerit" beweisen, daß der sich Herabstürzende als ohne seinen Willen auf den andern

---

[1]) Damit ist gewiß nicht, wie B. S. 754 will, die Anstiftung allein gemeint, sondern die nicht wenigen Fälle, wo die lex die bloße dolose Vorbereitungshandlung straft.

[2]) Genau so die sonst wörtliche Übersetzung in Bas. 60, 39, 5 sch. 3: *Ἐν τῷ Κορνελίῳ τῷ περὶ ἀνδροφόνων ὁ δόλος ἀντὶ τοῦ φάκτου παραλαμβάνεται, οὐ μὴν καὶ ἡ λάτα κούλπα.*

[3]) Ähnlich wie bei Paul. sent. 5, 23 § 3.

„geraten" gedacht ist.[1]) Se super alium praecipitare ist etwas andres als se praecipitare et super alium venire. So bietet diese Stelle ein sehr starkes Argument dafür, daß die Kompilatoren unter lata culpa nichts andres verstanden als die herrschende Meinung der Modernen.

In gleicher Richtung fällt Ulp. 8 de off. proc. Coll. 12, 5, 2 ins Gewicht:

> . . . . sed eis, qui non data opera incendium fecerint, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit.[2])

Lata neglegentia wird hier, wie der Zusatz et incauta beweist, sicherlich nicht als technische Bezeichnung eines bestimmten Grades des Verschuldens gebraucht. Hätte aber lata culpa und lata neglegentia die diesen Wendungen von B. zugeschriebene technische Bedeutung besessen, so hätte der Ausdruck auch untechnisch nicht in Gegensatz zu data opera gebracht werden können; denn data opera bezeichnet gerade die Absichtlichkeit an sich, die B. nicht nur für den dolus, sondern auch für die lata culpa fordert. Es ist eine gewagte und nicht zu erweisende Behauptung, wenn B. (S. 768) data opera als Synonymum des dolus malus bezeichnet. Gewiß wird data opera sehr oft gebraucht, wo ebensogut dolus malus stehen könnte; sollte aber eine Absicht, die dolus malus nicht ist, einer solchen, die es ist, gegenübergestellt werden — und das wäre nach B. in der obigen Stelle der Fall —, so konnte unmöglich zur Bezeichnung der letzteren der an sich ganz indifferente Ausdruck data opera verwendet werden. Es wird also dabei bleiben müssen, daß Ulpian bei lata neglegentia nicht an Absicht gedacht hat.

Ob die von B. (S. 752. 767f.) herangezogene Parallelstelle Marcians 14 inst. D. 47, 9, 11 in ihrem ursprünglichen Wortlaut dasselbe besagte wie die eben besprochene Äußerung Ulpians, muß dahingestellt bleiben. So wie wir sie jetzt lesen, erweckt sie starken Interpolationsverdacht[3]):

---

[1]) Der Scholiast zu Bas. 60, 39, 5 übersetzt venerit ganz richtig mit ἔπεσεν.

[2]) Es dürfte fuerint (fuint) zu lesen sein.

[3]) Vgl. auch de Medio, Bull. 18, 292.

Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.

Der Text, wie er vorliegt, ist ein eines Klassikers unwürdiges Gestammel. Auch B. (S. 768) erklärt ihn für verderbt. Ich halte es mit ihm für sehr möglich, daß Marcian aus Ulpian oder beide aus der gleichen Quelle schöpften. Nur wird Marcian, statt von lata neglegentia, im selben Sinn von lata culpa, und, statt von lascivia, von luxuria gesprochen haben. Den Kompilatoren aber fiel bei lata culpa ihre culpa dolo proxima ein, und, um diese Wendung anzubringen, gaben sie dem Text die ungeschickte Gestalt, in der wir ihn jetzt lesen. Daß aber ein vorsätzlich angestifteter Brand jemals fortuitum incendium genannt worden wäre — denn der Fall der lata culpa erscheint hier ja als Ausnahme von der sonstigen Straflosigkeit des fortuitum incendium —, ist nicht glaublich. Einen solchen Sprachgebrauch möchte ich auch den Leuten Justinians nicht zutrauen. —

Ich habe im Obigen, wenn ich nicht irre, alle für unsere Frage in Betracht kommenden Stellen erörtert. Außer Erörterung ließ ich absichtlich die drei auf lata culpa bezüglichen Stellen des Titels de V. S.:

Paul. 1 man. fr. 226:

Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.

Ulp. 1 regul. fr. 213 § 2:

Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.

Paul. 2 sent. fr. 223 pr.:

Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.

Alle drei Stellen sind aus einem Zusammenhang gerissen, der sich nicht mehr ermitteln läßt; infolgedessen ist es kaum möglich, festzustellen, ob und inwieweit sie Veränderungen erlitten haben. Anstöße bietet jede von ihnen. Die erste[1]) durch die Trivialität des Satzes „magna neglegentia culpa est“, durch die jedenfalls falsche einfache Identifizierung

[1]) Vgl. zu ihr de Medio, Bull. 17, 30.

von magna culpa und dolus und durch die Zusammenstellung der beiden unter sich nicht zusammenhängenden Sätze. Die zweite dadurch, daß nimia neglegentia als ein non intellegere erläutert wird.[1]) Die dritte durch die sonderbare Wendung „latae culpae finis". Keine von ihnen beweist, daß lata culpa ein technischer Ausdruck der römischen Jurisprudenz war; daß in irgendeinem Verhalten eine grobe Fahrlässigkeit oder eine schwere Verschuldung liege, konnten sie sehr wohl sagen, ohne damit einen technisch feststehenden Begriff zu meinen. Keinesfalls bestätigen sie B.s Auffassung dieses Begriffs, und darauf allein käme es ja für unsere Untersuchung an.

Ich fasse das Ergebnis zusammen: culpa lata bedeutet weder bei den Klassikern noch bei den Byzantinern eine Unterart des Vorsatzes; den Klassikern aber ist die ganze Unterscheidung zwischen culpa lata und culpa levis als technische fremd. Man kann zweifeln, ob unser BGB. — freilich von einem andern Gesichtspunkt aus — nicht besser daran getan hätte, auch seinerseits auf die Unterscheidung zwischen grober und gewöhnlicher Fahrlässigkeit zu verzichten. Wenn § 276 des BGB. die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert, so macht diese Begriffsbestimmung, genau besehen, jene Unterscheidung nicht nur überflüssig, sondern unmöglich. Denn es gibt kein festes Maß ein für allemal im Verkehr erforderlicher Sorgfalt. Der Verkehr differenziert hier vielmehr schon selber je nach den Rechtsverhältnissen. Niemand denkt daran, von dem Schenker dasselbe Maß von Sorgfalt zu fordern wie von dem Verkäufer; oder von dem, der eingreift, um eine dringende Gefahr von einem andern abzuwenden, dasselbe wie von dem, der unter gewöhnlichen Verhältnissen eine Geschäftsführung übernimmt. Niemand nennt einen Käufer fahrlässig deshalb, weil er nicht mit besonderer Beflissenheit prüft, ob sein Verkäufer auch wirklich Eigentümer der gekauften Sache sei, oder danach forscht,

[1]) Keinen Anstoß nehme ich dagegen an dem non intellegere quod omnes intellegunt. B. S. 770 meint, das sei als Definition sinnlos: was alle einsehen, könne keiner nicht einsehen. Gemeint ist hier natürlich: alle bis auf den einen. S. schon Pernice, Labeo II (1. Aufl.) 423.

ob die Sache keine Fehler habe, deren Abwesenheit er schon nach der Verkehrsanschauung erwarten darf. Ich glaube, daß unsere Gerichte mit der bloßen Begriffsbestimmung des § 276 ganz gut ausgekommen wären, zumal wenn man in sie noch ein freilich im Grund überflüssiges „nach den Umständen des Falles" aufgenommen hätte. Mehr ließ sich m. E. für die Übernahme des Haftungsgrads der diligentia quam suis sagen. Diese feinere Abstufung der Haftung hätte sich kaum ohne weiteres aus der Verkehrsanschauung ableiten lassen, und hat doch, mag sie nun ebenfalls byzantinisch sein oder nicht, in gewissen Verhältnissen etwas für sich. Praktisch spielt sie freilich kaum eine große Rolle.

IX.

Zu P. Oxy. N. 1408.

Von

Ludwig Mitteis

in Leipzig.

Der mir eben zugehende zwölfte Band der Oxyrhynchuspapyri enthält in N. 1408 l. 1—10 den Rest des Protokolls über eine Gerichtsverhandlung; er erscheint mir interessant genug, um ihm eine, wie es vorgerückte Zeit und begrenzter Raum bedingen, kurze Erörterung zu widmen. Um besonders einläßlich zu werden, dazu ist auch das fragmentarische und seinen Tatbestand keineswegs genau enthüllende Stück nicht hinreichend tragfähig; aber eben weil es einige Rätsel zu lösen aufgibt, übt es einen besonderen Reiz aus. Auch ist die Auffassung des Tatbestandes, welche die Herausgeber in der Introduktion aussprechen, irrtümlich, und es scheint mir rätlich, sie rechtzeitig zu berichtigen.

Der Wortlaut ist folgender, wobei ich an zwei Stellen die von den Herausgebern offen gelassene Lücke ergänze. und meine Ergänzung als solche kenntlich mache:

l. 1. .... [τοσάςδε ἡμέ- M.]

l. 2. [ρας μοι] δός. Σώπατρος [εἶπεν]· ἀρκέσουσί σοι πεντεκαίδεκα. Τρύφων εἶπεν· ἐπὶ τού-[

l. 3. [τῳ μέ]ντοι, ἐὰν ἐντὸς τῆς [προθεσ]μίας ἀπαιτηθῶ, ἔχειν με πρὸς αὐτὸν τὴν ἀγωγήν. [

l. 4. [Σώπα]τρος εἶπεν· τοῦτο καὶ χ[ω]ρ[ὶς] ἐντεύξεως καὶ ὑπομνημάτων πάντως ἡ πρ[οσ-

l. 5. [φώνησι]ς καὶ ἡ τῆς ἐγγύης ἀναδοχὴ· καὶ τὸ χειρογράφον τὸ ὑπὲρ τοῦ πατρὸς τὸ πισ[τόν

l. 6. [σοι παρ]έχει. Ἀσκληπιάδης εἶπεν· κατὰ τὸ ἐπιβάλλον μοι μέρος. Τρύφων εἶπεν· ο[ἱ ἀντί- (M.)

l. 7. [δικοι (M.) ἀλλ]ηλέγγυοί εἰσιν· μία γὰρ ἔκκλητος καὶ ἓν πρόστειμόν ἐστιν. Σώπατρο[ς

l. 8. [Ἀσκληπι]άδη εἶπεν· φρόντισον ἐντὸς τῶν πεντεκαίδεκα ἡμερῶν κατελθεῖν

l. 9. [καὶ τὸ πρό]στειμον πᾶν, ἀλληλεγγύη γὰρ ὑμῶν ἐστιν, θεματίσαι, ἵν' ἔχῃ ὁ ἀξιολ[ογώ-

l. 10. [τατος Τρ]ύφων τὸ ἀσφαλές.

Es handelt sich um die Einlegung der Appellation (*ἔκκλητος* l. 7) in einem Zivilverfahren um Schuld; auf letzteres deuten die Worte in l. 3: *ἐὰν ἐντὸς τῆς [προθεσ]μίας ἀπαιτηθῶ*. Der Judex a quo ist der in l. 2 genannte *Σώπατρος*, vielleicht, wie die Herausgeber bemerken, identisch mit dem in 1459 l. 7 genannten *Ἰούλιος Σώπατρος ἐπιστρατηγήσας*; er ist derzeit — der Papyrus ist mit den Herausgebern etwa zwischen 210—214 p. C. zu datieren —, da er nicht mit Titel genannt wird, vielleicht (sicher ist das Argument nicht) kein Beamter von hohem Rang und wohl nur Judex delegatus. Als Parteien erscheinen der Appellant Asklepiades und sein Gegner Tryphon, letzterer in l. 9/10 mit dem Prädikat *ἀξιολ[ογώτατος]* ausgestattet, also etwa ein munizipaler Würdenträger. Doch ist Asklepiades nicht allein Partei, sondern scheint noch einen Litiskonsorten zu besitzen und diesen auch gleichzeitig im Prozeß zu vertreten; auf ersteres, nämlich auf Streitgenossenschaft, deutet l. 7/8 hin, wo ich in Ausfüllung der Lücke lesen möchte: *ο[ἱ ἀντί/δικοι ἀλλ]ηλέγγυοί εἰσιν.* Auf die Vertretung, die

Asklepiades für den andern Streitgenossen führt, weist l. 8 bis 9 unzweideutig hin. Dieser sein Streitgenosse ist, wie ich nach l. 5 vermute, sein nicht mit Namen genannter Vater.

Des weiteren verstehe ich den Zusammenhang so. An der dem erhaltenen Rest unmittelbar vorhergehenden Stelle muß Asklepiades im Zusammenhang mit seiner Appellation um eine bestimmte, dem Sopatros zu lang erscheinende Frist gebeten haben. Es ist also etwa zu ergänzen:

l. 1. [*ἡμέρας X* l. 2 *μοι* oder *ἡμεῖν*] *δός*.

Das folgt zwingend aus der Antwort: *Σώπατρος* [*εἶπεν*]· *ἀρκέσουσί σοι πεντεκαίδεκα* (dazu l. 8: *ἐντὸς τῶν πεντεκαίδεκα ἡμερῶν*). Dabei werden die Worte in l. 8/9 *φρόντισον ἐντὸς τῶν πεντεκαίδεκα ἡμερῶν κατελθεῖν καὶ — θεματίσαι* von den Herausgebern nicht richtig aufgefaßt, wenn sie in der Introd. schreiben: the ultimate decision was, that Asklepiades should r e t u r n (das hieße *ἀνελθεῖν*) within fifteen days and pay to Tryphon ec. Die Frist bezieht sich vielmehr auf die Appellation. Welches ist aber der s p e z i e l l e Akt, zu welchem die fünfzehntägige Frist gesetzt wird? Hält man sich an die Darstellungen der Rechtsbücher, so ist dies schwer zu sagen, denn nach diesen gibt es zwar eine, übrigens als gesetzliche und generelle betrachtete, Appellationsfrist von 2 bis 3 Tagen, aber nur für die E i n l e g u n g der Appellation und die kann beim judex a quo durch formlose Erklärung erfolgen, D. 48, 1, 2; 5, 4. Da nun eine solche in unserm Fall offensichtlich längst abgegeben worden ist, kann die Frist von 15 Tagen bloß dafür gesetzt sein, daß der Appellant seine Berufung beim Judex ad quem anbringt. Damit stimmt auch das Dekret überein: *φρόντισον ἐντὸς πεντεκαίδεκα ἡμερῶν κατελθεῖν* — denn *κατελθεῖν* heißt: hinreisen (zu einem Abwesenden). Es würde dann h i e r die Berufung als erst durch Postulation beim Statthalter zu vollziehende, und bis dahin nur angemeldete betrachtet worden sein und es hat, da das gesamte Appellationsrecht erst durch kaiserliche Konstitutionen, namentlich für das Gebiet der außerordentlichen Kognition und darum wohl nicht überall einheitlich geregelt gewesen ist,

nichts Auffälliges, wenn wir in Ägypten eine Praxis vorfinden, welche sich von der wenngleich scheinbar mit allgemeiner Gültigkeit vorgetragenen Lehre der Digesten entfernt; von den Schriften des Ulpian, Macer, Marcian u. a., welche diese Lehre behandelten, werden in der Kompilation eben jene Stücke weggelassen worden sein, welche auf die nur relative und lokale Gültigkeit der Darstellung hindeuteten.

Bei der Überreichung der Appellation soll der Appellant auch *θεματίσαι τὸ πρόστειμον*.[1]) Damit ist an die Sukkumbenzstrafe für den Fall der Abweisung der Berufung gedacht, von der wir auch sonst wissen; diese Sukkumbenzstrafe kann durch Kaution sichergestellt, es kann aber auch, wie hier, ihre Hinterlegung erfolgen und wird sogar als rätlich bezeichnet, Paul. 5, 33, 3. Mißverstanden ist die Natur des *πρόστειμον* von den Herausgebern; sie drücken sich so aus, als ob es der eigentliche Prozeßgegenstand wäre (Asclepiades and his father, who had become mutual sureties for Tryphon in connexion with the payment of a fine [*πρόστιμον*]. The exaction of this was imminent sqq.).

Jetzt können wir zur Erklärung der Anfangszeilen übergehen. Nachdem der Judex gesagt hat: *ἀρκέσουσί σοι* (sc. *τῷ Ἀσκληπιάδῃ*) *πεντεκαίδεκα*, fügt Tryphon hinzu: *ἐπὶ τού[τῳ μέ]ντοι, ἐὰν ἐντὸς τῆς [προθεσ]μίας ἀπαιτηθῶ ἔχειν με πρὸς αὐτὸν τὴν ἀγωγήν*. Ich kann das nur so verstehen: Tryphon fürchtet, während der Appellationsfrist zur Zahlung seiner — vom Judex m. E. negierten — Schuld angehalten zu werden und will für diesen Fall Sicherstellung bekommen. Dabei ist der Ausdruck *ἐντὸς τῆς προθεσμίας* sehr mangelhaft; der Gedanke ist doch, durch die Appellation sei die Kraft des freisprechenden Urteils in Frage

---

[1]) Das stimmt zwar nicht überein mit Paul. Sent. 5, 33, 1, denn es heißt dort: igitur morans in eo loco, ubi appellavit, cavere debet (ubi gehört nicht relativisch zu in eo loco, sondern es ist zu verstehen: ibi, ubi app. cavere debet), so daß sich trotz der hier auffallend unklaren und auf die Rechnung des ungeschickten Exzerptors zu setzenden Darstellung ergibt, daß die Deposition beim Judex a quo zu geschehen hatte. Doch kann der Wortlaut in l. 8/9 des Pap. kaum anders verstanden werden.

gestellt, also neuerliches Andrängen zu fürchten — aber gerade von dieser Vorstellung aus hätte Tryphon nicht bloß für die Zeit bis zum Beginn des Berufungsverfahrens zu fürchten, sondern bis zu dessen Ende, also nicht bloß *ἐντὸς τῆς προθεσμίας*. Außerdem ist jene Befürchtung aber grundlos, und darauf verweist *Σώπατρος* mit seiner Antwort in l. 4: „Dafür bürgt dir auch ohne Antrag und ohne besondere (gerichtliche) Anordnung (das heißt: *χωρὶς ἐντεύξεως καὶ ὑπομνημάτων*) ohne weiteres das Versprechen (*προσφώνησις*) und die geleistete Bürgschaft und das für den Vater ausgestellte Chirographon." Dieses deute ich so, daß Sopatros hier auf eine gegebene Cautio ratam rem haberi hinweist: Asklepiades hat nicht bloß (wenngleich auch, s. u.) proprio nomine Klage erhoben, sondern auch als Prokurator seines Vaters (arg. vv.: *τὸ χειρόγραφον τὸ ὑπὲρ τοῦ πατρός*). Ebendeswegen hatte er dem Tryphon schon vor der Litiskontestation Kaution dafür geben müssen, daß dieser nicht nachträglich noch einmal klagen werde. Auf diese wird hiermit verwiesen; allerdings ist der Trost nicht ganz zulänglich, denn er gilt nur für die Ansprüche des Vaters, während gegen jene des Asklepiades selbst keine Kaution besteht.

Die auf *τὸ πιστόν [σοι παρ]έχει* (l. 6) folgenden Worte: *Ἀσκληπιάδης εἶπεν· κατὰ τὸ ἐπιβάλλον μοι μέρος* sind vermutlich schlecht protokolliert. Wie sie dastehen, müßten sie sich auf die Cautio de rato beziehen, aber diese ist ja für den Asklepiades auch nicht zum Teil geleistet, sondern bezieht sich bloß auf den Vater. Aus der, in l. 8 übermittelten, folgenden Replik des Tryphon ergibt sich denn auch, daß dabei in Wahrheit an das *πρόστειμον*, die Sukkumbenzstrafe gedacht ist: Asklepiades wünscht, eine Sukkumbenzstrafe nicht für die ganze Berufungssumme, sondern nur für seinen Anteil daran erlegen zu müssen. Diesen Zusammenhang seines Vorschlags mit dem *πρόστειμον* hat der Protokollant nicht zum Ausdruck gebracht, wodurch dieser Teil des Protokolls unklar geworden ist.

Jedenfalls aber zeigt das *ἐπιβάλλον μοι μέρος*, daß Asklepiades pro parte auch selbst Prozeßpartei war, nicht bloß Vertreter seines Vaters. Sie klagten wohl eine ihnen nach

bestimmten Anteilen gemeinsam zustehende Forderung ein. Die Appellation gegen das Urteil, das sie jedenfalls abgewiesen hatte, ist aber eine einheitliche und insofern ist der Vorschlag unzulässig, daß jeder nur für seinen Anteil eine Unterliegensbuße zu deponieren habe: sie fällt ihnen vielmehr solidarisch zur Last (vgl. auch D. 49, 1, 10, 4; Paul. cit. 5, 33, 4). Der Wunsch also, den ich dahin verstehe, Asklepiades brauche jetzt nur seinen Teil des Bußgeldes zu hinterlegen, wegen des Restes möge der Judex a quo sich mit seinem Vater ins Einvernehmen setzen, er wolle aber gleichwohl schon jetzt die Berufung in die Wege leiten — dieser Wunsch ist natürlich ganz ungehörig.

An Einzelheiten ist folgendes zu bemerken. Die Cautio de rato wird so bezeichnet: *ἡ πρ[οσφώνησι]ς* (die Ergänzung von Grenfell-Hunt klingt sehr wahrscheinlich) *καὶ ἡ τῆς ἐγγύης ἀναδοχὴ καὶ τὸ χειρόγραφον τὸ ὑπὲρ τοῦ πατρός*. Hierin liegt doch wohl etwas Pleonasmus; denn ich wüßte nicht, wodurch sich der Inhalt des *χειρ. ὑπὲρ τοῦ πατρός* von der *προσφώνησις* und *ἐγγύη* unterschieden haben sollte: im eigenen Namen hat ja der Kläger nicht zu kavieren. *Προσφώνησις* ist wohl das der akzessorischen *ἐγγύη* zugrunde liegende Kautionsversprechen des Prokurator Asklepiades; das Wort selbst ist in dieser Bedeutung meines Erinnerns eine Rarität, denn sooft *προσφωνεῖν* sonst vorkommt, bedeutet es doch regelmäßig nur assertorische Erklärungen, z. B. Sachverständigenbegutachtung u. dgl., nicht aber[1]) promissorische, wofür wir vielmehr bei Justinian *ἀντιφωνεῖν* finden. *Ἡ τῆς ἐγγύης ἀναδοχή* ist natürlich nicht eine Verbürgung, die Asklepiades selbst übernommen hatte, sondern die für seine *προσφώνησις* geleistete Satisdation Dritter. Über beides war jedenfalls eine Schrifturkunde im allbekannten Stil der „Gestellungsversprechen" (natürlich mutatis mutandis) aufgesetzt worden, dies das Chirographon[2]), das hier genannt

[1]) S. auch Meyer, gr. Texte aus Aeg. p. 22.

[2]) Daß auch *χειρόγραφα* dieser Art, um gerichtlich geltend gemacht zu werden, einer *δημοσίωσις* (meine Grundzüge 83—84) bedurften, ist natürlich nie meine Meinung gewesen (vgl. a. a. O. S. 84 Absatz 1), womit sich die Anm. der Hgg. zu lin. 5 erledigt. Diese Fragen sind jetzt durch Joers und B. Schwarz in ein neues Stadium getreten.

wird *τὸ ὑπὲρ τοῦ πατρός*, wahrscheinlich bloß deshalb, weil es gegen eine Nachforderung des Vaters Deckung gewähren sollte: an Stellvertretung zu denken, d. h. daran, daß Asklepiades das Versprechen, nicht mehr fordern zu wollen, im Namen seines Vaters abgegeben hätte, ist mindestens nicht notwendig.

Endlich ist der Papyrus von Interesse für die Bedeutung des Wortes *ἀλληλεγγύη*. Ich habe von jeher gelehrt, die *ἀλληλεγγύη* der Papyri bedeute nichts als korreale Haftung mehrerer Personen und glaube dies in den Grundzügen der Papyruskunde so nachdrücklich bewiesen zu haben, daß daran m. E. kein Zweifel mehr möglich ist. Damit stimmt auch der Sprachgebrauch unseres Papyrus überein, denn er bezeichnet die Appellanten als *ἀλληλέγγυοι* hinsichtlich der Sukkumbenzstrafe; das kann nur bedeuten: Jeder wird straffällig, wenn auch die Appellation nur für den Teil des andern abgewiesen wird, also Solidarhaftung.

X.

Zur *δίκη ἐξούλης*.

Von

Herrn Professor Dr. **E. Rabel**

in München.

Gegen meinen Aufsatz „*Δίκη ἐξούλης* und Verwandtes“ in Bd. 36 S. 340ff. hat Lipsius Bd. 37 S. 1ff. einen in befremdlichem Tone gehaltenen Angriff gerichtet. Es mag sein, daß Lipsius sich selbst als Angegriffener fühlte; dann hätte er doch verkannt, mit welcher Zurückhaltung ich eingedenk seiner langjährigen emsigen Gelehrtenarbeit seine Darstellung im „Attischen Rechte“ behandelte.[1]) Durch seine Häufung von Anwürfen erzwingt nun Lipsius eine

[1]) Das gleiche glaube ich von meiner allgemeinen Äußerung über dieses Werk in der Zeitschr. Die Geisteswissenschaften, 1913, S. 183 behaupten zu dürfen.

Auseinandersetzung, die höchst unerquicklich würde, wenn ich mich auf alle Einzelheiten einließe. Es sei gestattet, das Peinliche meiner Aufgabe zu mildern, indem ich mich in der Hauptsache dem klaffenden Gegensatz der Methoden zuwende, der zwischen meinem Gegner und mir in der Tat besteht, und im übrigen meine Ausführungen so weit ergänze, als der knapp zugemessene Raum erlaubt. (In der Folge zitiere ich A. R. = Lipsius, Attisches Recht; L. = Lipsius, ZSSt. 37; m. A. = meine Abhandlung ZSSt. 36. Harpokration u. *δίκη ἐξούλης* ist dort überall abgedruckt.)

1. Über Gegenstand und Nutzen der Rechtsvergleichung wird eine Einigung mit meinem Widersacher nicht möglich sein. L. würdigt nicht einmal die Entsprechung griechischer und deutscher Pfandwehr. Kein Wunder, daß er auch S. 2 den Zusammenhang zwischen urteilsmäßiger Geldbuße und Geldsumme in Athen nicht zugibt, der einem vom germanischen Recht herkommenden Beobachter in die Augen springt, übrigens schon von Partsch, Arch. f. Pap.F. 5, 478 betont ist.

2. An Stelle einer Theorie der *δίκη ἐξούλης* bietet L., A. R. 664—668 eine Aufzählung von „Anwendungsfällen" ohne Prägnanz und erkennbaren Zusammenhang, in bloßer Paraphrasierung von buntgemischten Redner- und Grammatikerstellen. Er verkennt, daß die attische *δίκη* ein Klageindividuum ist, mit bestimmtem Tatbestand und bestimmtem Ziel, ein Prozeßmittel, das einen sachlich begrenzten Rechtsgedanken verwirklicht, seine feste Stellung im System der Klagen hat und einer Entwicklung fähig ist. In welcher Funktion die *δ. ἐ.* zum Leben erstand und welcher Geschichtsstufe sie entstammt, diese Frage taucht bei L. nicht auf. Jetzt gibt L. 13f. wenigstens ausdrücklich zu, daß es sich um eine Deliktsklage handelt, untersucht aber nicht, worin das Delikt besteht, und ob denn dessen Tatbestand gar keine Einheitlichkeit in der verletzten Rechtsposition und in der Verletzungshandlung aufweist. Derartig auf halbem Wege stehenbleibend, sieht er nicht, daß er einen großen Teil meiner Aufstellungen überhaupt nicht zu leugnen imstande ist, nämlich alles, was ich über den Zweck der *δ. ἐ.* im Prozesse eines selbsthilfeweise Zugreifen-

den gegen die den Zugriff hindernde Person ausgeführt habe. Verletzt ist hier völlig klar das Recht auf Zugriff und das Delikt ist die Hinderung, z. B. der Widerstand gegen befugte private Pfändung, wovon dank Rednern, Grammatikern und Inschriften einerseits, dank der schlagenden Analogie des deutschen Rechts andererseits ein in allen wesentlichen Stücken deutliches Bild entworfen werden kann (m. A. 359—367). Von da ergeben sich aber sofort gewisse zwingende Schlüsse auf die geschichtliche Stellung der δ. ἐ. in der Entwicklung der Justizhoheit des attischen Staates.

3. In der Quellenwertung stellt L. nach wie vor Redner und Lexikographen, erhaltene klassische Gerichtsreden und viele Jahrhunderte jüngere antiquarische Notizen aus Reden oder über Reden auf dieselbe Stufe; besonders auffallend S. 8. Er überspringt dabei völlig die Aufgabe, aus der Grammatikerglosse den zugrunde liegenden Rechtsfall zu gewinnen, und mißbilligt deshalb meine Versuche, durch vorsichtige Verengerung des vom Grammatiker laienmäßig skizzierten Tatbestandes zu einem brauchbaren Sinn zu gelangen. Auf diese Art, indem er von vornherein zu einer zweifelsfreien, weil buchstabentreuen Deutung kommen will, preßt er (S. 3) den Satz des Harpokration *ἐδικάζετο δὲ ἐξούλης καὶ ὁ χρηστής κτλ.* bis dahin, daß ein attischer Gläubiger ohne Urteil und ohne Exekutivklausel beim Schuldner pfänden könne. Das Gegenteil haben sämtliche neueren Schriftsteller[1]) bis jetzt gelehrt, auch L. selbst, A. R. 689. 699; und es ist schon deshalb unvermeidlich, weil sonst die Exekutivklauseln unerklärlich sind. Was L. an „Beweisen" aus Aristoph., Wolken V. 33 und 240 und [Plato] Axiochos anführt, mutet auch diesen Quellen seltsam viel zu. Übrigens befürchtet Strepsiades in den „Wolken" die Verfolgung wegen Zinsen immerfort im ganzen Stück[2]) und doch wohl im gleichen Sinn in V. 1136 (vgl. 1141f.) die Erhebung von Klagen mit Erlag der *πρυτανεῖα*. Die beiden unmittelbar vor dem *τόκου ἐνεχυράσεσθαί φασιν* V. 33 — angeblich Pfänden ohne Urteil — mit Namen genannten Gläubiger

[1]) Außer den bei L. zitierten Hitzig, Beauchet und Pappulias auch Mitteis, Reichsrecht 414. 418; Thalheim, R. A. 95. 132, 1.

[2]) V. 18. 20. 240. 755f. 1156 vgl. 434.

Pasias und Amynias aber treten schließlich selber auf; sie mahnen und Pasias kündigt ausdrücklich Prozeß an: ‚θήσω πρυτανεῖ' (V. 1255).[1])

4. Einen besonderen Streitpunkt bildet das sachenrechtliche Urteil, speziell im Eigentumsstreit, und dessen Vollstreckung. L. unterscheidet Diadikasie (A.R. 464. 678) und „Vindikation" (465), letztere erfolge durch δίκη οὐσίας (679) und gehe auf Herausgabe des Streitgegenstandes (680). Aber anscheinend wird dasselbe auch von der Diadikasie gedacht. Wenigstens wird gerade bei der δ. ἐ. unterschiedslos vom Erstreiten und Zusprechen der Sache, vom Verhelfen zum Besitz, Erfüllen des Urteilsspruchs (664. 666. 672. 949) geredet. Durch diese ganze, unbewiesene und m. E. höchst unwahrscheinliche Unterstellung, die Grundfigur sei ein dinglicher Anspruch oder ein Urteil auf Herausgabe, im Gegensatz zu Buß- und Feststellungsprozessen, verbaut sich L. das Verständnis der für unser Thema maßgebenden Quellen. Andererseits denkt er den dinglichen Prozeß ohne jede Schätzung und ohne Buße (257f. 923. 930. 947), so daß sich keinerlei Forderung ergibt, behauptet aber gleichzeitig 949f., der siegende Kläger dürfe jedes Vermögensstück pfänden ganz wie nach Schuldurteil — man sieht nicht, zugunsten welcher Forderung. Außerdem soll das Pfändungsrecht von vorheriger Hinderung der Selbstbemächtigung an der zugesprochenen Sache abhängig sein, und der Kläger soll darauf die Wahl zwischen jener Vermögenspfändung und der δίκη ἐξούλης haben; man versteht weder da noch dort, warum. Belege werden nicht angegeben.[2])

[1]) Dazu s. Lipsius selbst A.R. 809. 825. — Eine ganz andere Frage wäre die ein einem gelegentlichen Briefwechsel von Partsch aufgeworfene, ob in Athen ein Exekutionstitel im heutigen Sinn gefordert wurde und nicht vielmehr gegen einen nicht widerstrebenden Schuldner noch ohne weiteres gepfändet werden durfte. Dies bejahe auch ich. Auch darauf ist aber unser Harpokrationsatz mit seinem Gegensatz zum Voranstehenden (vgl. m. A. 350) nicht zu beziehen.

[2]) Bei Meier-Schömann-Lipsius hatte L. 967 N. 588 für die Pfändung Etym. Magn. u. ἐξούλης δίκη und Apost. Proverb. 16, 47 zitiert. Diese Stellen reden aber gerade nicht von Pfändung, vgl m. A. 356 N. 2 und unten.

Diese Unbegreiflichkeiten, auf die uns L. 3 neuerdings verweist, stammen von Hudtwalcker, Diäteten 139, woher sie Meier und Schömann übernahmen. Sie alle ließen sich irreleiten, weil sie die verschiedenen Grammatikerstellen ohne nähere Beachtung der Texte zusammenwarfen, Lipsius zudem, indem er sich unzulässigerweise an einen einzigen Satz des Harpokration hält.

Die Ketten der Grammatikerglossen können wir mit Hilfe der von Wentzel gelieferten Anhaltspunkte scharf trennen (m. A. 356): Die einen betreffen zugeurteilte Grundstücke; der Sieger hat nicht etwa eine Urteilsforderung auf Herausgabe des Grundstücks, sondern darf es sich nehmen und hat, wenn er gehindert wird, die *δ. ἐ.* Von Pfändung ist dabei keine Rede. Die andern haben eine Geldverurteilung und darauffolgende Pfändung im Auge, bei Hinderung dieser die *δ. ἐ.*[1]), und sprechen deshalb von *ἐκτίνειν*[2]), *τιμω-*

[1]) Man sehe außer dem m. A. 356 N. 1 abgedruckten Schol. zu Dem. 21, 44 Suidas 1. Art. durch, insbesondere den Satz: *ἐπειδάν τις καταδικασθεὶς μὴ ἐκτίνῃ τὴν καταδίκην, εἰςεπράττετο ὑπὸ τοῦ δήμου* (vgl. m. A. 358) *καὶ ἄλλο τῷ δήμῳ τοσοῦτον.*

[2]) *Τίνω, ἐκτίνω, ἀποτίνω*, die auch im folgenden eine Rolle spielen, hatten von Hause aus ihre Beziehung zum Gegenwert, und seit es Geld gab, zum Geldwert. Die Etymologie macht dies, obgleich sie einige Zweifel übrigläßt, völlig klar, wie die etym. Wörterbücher ausweisen und Herr Kollege Streitberg mir des näheren ausführlich bestätigt, dessen freundlicher Mitteilung außerdem das unter Anführungszeichen Gesagte entnommen werden darf: „Schon voreinzelsprachlich hat die idg. Wurzel qei-, qoi- den Begriff des Schätzens gehabt. Auf griechischem Sprachgebiet zeigt dies Homer unzweideutig: *τίω* 'schätze', 'bestimme den Wert oder Preis'. Von derselben Wurzel mit anderer Präsensbildung *τίνω* 'zu einer Gegenleistung verpflichtet sein', in gutem oder bösem Sinn, sowohl zum Lohn wie zur Strafe, 'eine Strafe entrichten', 'zahlen', 'als Entgelt geben'." *Τίνω* gehört ferner bekanntlich zu *ποινή* (Curtius, Griech. Etym.[5] 472. 488; Mommsen, Strafr. 13 N. 2): Sühnegeld, Sühnepreis, „überhaupt 'Ersatz', 'Entgelt'". Weiter gehört zur selben Wz. „charakteristischerweise *τιμή* 'Schätzung', d. i. 1. Strafgeld, Buße, Ersatz und 2. Wertschätzung, Ehre, Ehrenamt. Ganz entsprechend altkirchenslaw. cěna = *τιμή*, Ehre, Preis. Im Rigveda heißt čayatē (Medium) 'straft', d. h. läßt sich zahlen, vor allem eine Geldschuld, obj. r̥nám 'Verschuldung', Sünde, Geldschuld." Man dürfte nicht fehlgehen, wenn man den gemeinsamen Ausgangspunkt für die Verwendung aller dieser Ausdrücke in der Rechtssprache bei dem uralten Lösegeld sucht. Um dieses zu bezeichnen, ist *ποινή* in die lateinische Sprache

ρία, εἰσπράττειν usf. Der Scholiast im Lexikon von Patmos behandelt beide Fälle nacheinander!

Aber L. hat es nur mit Harp. zu tun: *δικάζονται δὲ ἐξούλης κἀπὶ τοῖς ἐπιτιμίοις οἱ μὴ ἀπολαμβάνοντες ἐν τῇ προσηκούσῃ προθεσμίᾳ, ὑπερημέρων γιγνομένων τῶν καταδικασθέντων.* Sachlich würde es nichts verschlagen, ob diese Stelle jedes Urteil meint und nicht, wie ich annehme, bloß das auf eine Geldsumme gehende, denn von Pfändung, von Hinderung der Pfändung und von jener Wahl findet sich nichts darin ausdrücklich ausgesprochen.

Indessen L. 2f. wirft mir ein gröbliches Mißverstehen vor, mit keiner andern als der folgenden Begründung: „Daß *ἐπιτίμια* nicht bloß Geldbuße bedeutet, beweisen zahlreiche Stellen der Redner, die von *ἐπιτίμια φόνου, προδοσίας* u. ä. sprechen. Und wie das Wort bei Harp. gemeint ist, zeigt aufs deutlichste die Parallelstelle u. *ὑπερήμερος*: *οἱ δίκην ὀφλόντες ὁποιανοῦν καὶ τὰ ἐπιτίμια τοῖς ἑλοῦσι μὴ ἀποδιδόντες ἐν ταῖς τακταῖς προθεσμίαις ὑπερήμεροι ἐκαλοῦντο, καὶ τὸ πρᾶγμα ὑπερημερία.*"

Was bedeuten also die *ἐπιτίμια*? Wieder schweigt sich L. aus. Soll das problematische Herausgabeurteil mitbetroffen sein? Und auch ein Feststellungsurteil über das Eigentum (Erbrecht usf.)? Was *ἐπιτίμιον* ist, wissen wir doch sehr genau. Es ist die von Gesetzen, Verträgen, Richtern drohende oder verhängte Straffolge für eine Handlung oder, wie Partsch, Arch. f. PapF. 5, 477 formu-

---

übernommen worden (Mommsen a. a. O.). Wenn neuerdings das römische Geldurteil ursprünglich als die Fixierung einer Lösungssumme durch ein staatliches Organ bezeichnet worden ist (Koschaker, ZSSt. 37, 355), so wird sich Ähnliches von der griechischen *τιμή* und vom *τίμημα* denken lassen, dessen notwendige Beziehung auf die Buße schon Partsch, Arch. f. Pap.F. 5, 478 erkannt hat. Jedoch läßt sich dies hier nicht näher ausführen. Aus der sprachlichen Vorgeschichte erklärt sich ohne weiteres, daß *τίνειν* und Komposita eigentlich und übertragen wie unser Entgelten, Vergelten gebraucht sind und daher auch sekundär Strafen bedeuten können, die als Ablösung der Rache oder als Äquivalent einer Tat betrachtet werden. Aber *ἀποτεῖσαι* ist doch geradezu der technische Gegensatz zum *παθεῖν* (Leibesstrafe). Und für den Gebrauch von *ἐκτίνειν* in Athen ist z. B. das bei Dem. 24, 105 eingelegte Eisangeliegesetz a. E. charakteristisch: *ἐὰν δ' ἁλῷ, τιμάτω ἡ ἡλιαία ὅ τι χρὴ παθεῖν ἢ ἀποτῖσαι, ἐὰν δ' ἀργυρίου τιμηθῇ, δεδέσθω τέως ἂν ἐκτείσῃ.*

liert: „die Sanktion". Man ist ἔνοχος τοῖς ἐπιτιμίοις, haftbar den Straffolgen (Antiphon 4, α 4; Lyk. §§ 4. 114), es liegen die ἔσχατα ἐπιτίμια auf besonders verpönten Taten (Dem. 19, 133; 34, 37; 51, 11). So ist ἐπιτίμιον τοῦ φόνου (Antiph. 4, α 4) eben die Strafe für den Mord, das auf einem Verbrechen stehende ἐπιτίμιον der Tod (Dem. 20, 156; Lyk. 8), das Gefängnis ([Dem.] 33, 1).

Aber mit der Todesstrafe hat doch wohl die δίκη ἐξούλης nichts zu tun?! Überhaupt nichts mit den Leibesstrafen (παθεῖν), sondern ausschließlich mit den Geldstrafen (ἀποτεῖσαι), die denn in Athen wie anderwärts genug vielgestaltig und häufig sind, um neben der weiten Bedeutung (poena) eine engere Beziehung des Ausdrucks ἐπιτίμιον und der Nebenform ἐπίτιμον auf die Geldbuße (multa) herauszustellen, wie für die zahllosen Vertragsstrafen und schätzungsmäßigen Bußen in Papyri und Inschriften oder die Geldstrafen in P. Fay. 42 a 14; 66, 2—4, so auch für Corp. gloss. lat. II 312, 8: ἐπίτιμον poena multa und unseren Grammatiker. Partsch hat insbesondere schon darauf hingewiesen, daß in jedem attischen Schuldprozeß die Verurteilung eine Bußverurteilung ist, nicht bloß zu den Zuschlagsbußen, sondern auch betreffs des Schuldbetrags selbst (καταδίκη), und dies alles darf natürlich gleich den Nebenstrafen in öffentlichen Prozessen ἐπιτίμιον heißen ([Dem.] 47, 2. 64; 26, 9; 35, 46). Wenn wir dann hören: προσοφλεῖν und ἐκτίνειν τὰ ἐπιτίμια, d. i. die Epobelie [Dem.] 35, 46, ἐξέτινον — τῶν γὰρ ἄλλων οὐδὲν αὐτῷ ἐπιτιμίων ὦφλον [Dem.] 47, 64, so schwebt wohl schon ein engerer Sinn, Geldstrafe, vor.

Προθεσμία heißt die Frist und ὑπερήμερος der oder dasjenige, dessen Tag verstrichen ist. Die ὑπερήμερος-Glosse bei Harpokration aber bezieht sich füglich auch bloß auf Schuldner, deren Erfüllungsfrist fruchtlos abgelaufen ist. Maßgebend für diese Glosse werden Stellen wie [Dem.] or. 47 §§ 49—51. 65. 75. 77—78 gewesen sein, wo es sich um eine Deliktsklage und Geldbuße handelt, ebenso wie in Dem. 21, 81. 89. Auch sämtliche übrigen Rednerstellen gebrauchen ὑπερήμερος und ὑπερημερία ausschließlich bei Geldschulden (Dem. 30, 27; 33, 6; Antiph. 5, 63), man müßte denn mit L. beim εἰσπράττειν ὑπερήμερον (Dem. 21, 11;

45, 70) eine Pfändung ohne Geldschuld für denkbar halten. Und so viel das Wort sonst eigentlich und übertragen gebraucht wird, privatrechtlich prägnant dürfte *ὑπερήμερος* ganz regelmäßig vom Schuldner gesagt sein, so sicher Pollux 3, 85 *ὁ δ' οὐκ ἐκτίσας κατὰ προθεσμίαν ὑπερήμερος* und 3, 116 vom Geizhals, der seine Schuldner bedrückt: *ἄγχων τοὺς χρηστάς, ἀποπνίγων τοὺς ὀφείλοντας, ἀπάγων ὑπερημέρους*. Ähnlich Theophr. Charakt. 10, 10: *ὑπερημερίαν πρᾶξαι καὶ τόκον τόκου*. Der Philosoph bei Luk. Hermot. 80 p. 824 behauptet vom Schuldner seines Honorars *ὑπερήμερον εἶναι καὶ ἐκπρόθεσμον τοῦ ὀφλήματος*, bei Dionys. Halic. 6, 83, 4 spricht Menenius Agrippa von den *ὑπερήμεροι* bei der Personalexekution, *ὑπεραμερίαι* sind die Verzugsurkunden der Nikaresa und des Anexion gegen ihre Schuldner.[1]) Nur an Zahlung von Schuldnern denken beim *ὑπερήμερος* unsere Schriftsteller.[2]) Die Erfüllungsfrist für ein dingliches Urteil ist für Athen übrigens noch nicht einmal nachgewiesen.

Gibt unser Harpokrationsatz demnach für das auf Geldbuße gerichtete Urteil einen guten Sinn und nur für dieses, so ist doch dabei übersprungen und bloß aus unserer sonstigen Kenntnis zu ergänzen, was die *δ. ἐ.* hier zu tun hatte, daß nämlich einem solchen Urteil die Pfändung von Sachen folgte und auf die Hinderung der Pfändung die *δ. ἐ.* Auf diese Sachen aber bezieht sich m. E. was weiter dasteht: *ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν*. Aus der Fassung des Bearbeiters würde man den Sinn der Worte nicht erraten, er hat sie jedoch aus einer guten Quelle entnommen, das *ἀφαιρεῖσθαι* ist ein technischer Ausdruck für den Gegenzugriff auf die Sache. Das war es, was ich m. A. 350 darlegte. Meier-Schömann (1824) 751 N. 41 hatten von ihrer Auffassung aus mit Grund an dem *ἀφῃροῦντο* Anstoß genommen, während ich im Gegenteil darin einen präzisen Anhalt finde. Der ganze Satz *οἱ δὲ ἁλόντες — τὰ τιμηθέντα* paßt dann zu dem Falle des Schuldurteils.

---

[1]) Vgl. Recueil des Inscr. jur. gr. 1, 510, woselbst auch über *ἐπιτιμά* = Geldstrafe und *ὑπεραμερία* = überfällige Geldstrafe in Epidauros.

[2]) Meier-Schömann-Lipsius 2, 695 (vgl. freilich 965); Thalheim, R.A. 131 N. 3; Hsg. (philolog. Gesellsch. Leipzig) von Theophrast Char. 1897, S. 87 u. a.

Ob man ihn zugleich auf den Eingang des Artikels beziehen will, ist beinahe Geschmackssache und für uns recht gleichgültig. Aber vielleicht gilt sogar auch für die ersten Sätze, daß sie enger zu verstehen sind, als der allgemeine Wortlaut zu sagen scheint. Ich hatte bisher nur vermerkt, daß ihre und der Parallelstellen Vorlage an Grundstücke dachte (S. 356/7 N. 4 a. E.), was L. nicht glauben will. Mit Vorbehalt könnte man vermutungsweise etwas weiter gehen. Wir kennen zwei Ketten von Glossen außer der das Schuldurteil betreffenden, wobei aus der zweiten eine die Vorlage „völlig umformende" „kürzende Paraphrase"[1]) im Bekkerschen 4. Lexikon herausgehoben werden möge. Von den Ausläufern bei Psellos[2]), Apostolios 16, 47 und Schol. zu Dem. 21, 13 seien einige Wendungen in den Noten beigefügt.

Harpokration Suid. II. Art. Bekk. V, 252[3])	Suid. III. Art. Etym. gen. und Magn.	Bekk. IV, 188, 7 (kürzende Umformung der Vorlage der zweiten Gruppe)
Ἐξούλης	*Ἐξούλης δίκη*[b]·	*Ἐξούλης δίκη*·
ὄνομα δίκης, ἣν ἐπάγουσιν[a]		
οἱ φάσκοντες	*οἱ δίκην νικήσαντες*	*ὅταν τις κριθῇ*
ἐξείργεσθαι	*ὥστε ἀπολαβεῖν*	*ἀπολαβεῖν*
τῶν ἰδίων	*χωρίον ἢ οἰκίαν*[c],	*τὰ ἴδια*
	ἔπειτα ἐμβατεύειν	*νομίμως*
	κωλυόμενοι ἢ	*καὶ κωλύηται*
	ἐμβατεύσαντες ἐξελαυνόμενοι[d]	
	δίκην εἰσάγουσι	*καὶ πάλιν*

a) *ἐφιᾶσιν* B[v]. b) *Ἐξ. ὄνομα δίκης* Et. M. c) *τι χωρίον ἢ ἀγρὸν ἤ τι τοιοῦτον* Apost.; *οἱ κτλ.*] *Οἱ δὲ χωρίον ἢ οἴκημα ἐκ καταδίκης ἀπειληφότες ἐγράφοντο τοὺς ἐκεῖθεν αὐτοὺς ἀπελαύνοντας* Psell. d) *ἔπειτα κτλ.*] *καὶ μὴ ἐώμενοι* Apost.

---

1) Wentzel, GGA. 1897, 631 mit Erläuterung.

2) *περὶ τῶν ὀνομάτων τῶν δικῶν*, bei Migne, Patrol. Bd. 122 S. 1012 *ιδ.* Seine Ausdrucksweise ist die schlechteste.

3) Dazu lex Patm., BCH. I p. 14 a. A.: *ἐξούλη· δίκη κατὰ τῶν ἐξιλλόντων τινὰ καὶ ἐκβαλλόντων ἀπὸ χωρίου ἢ οἰκίας ἢ ἀπὸ πράγματος προσήκοντος αὐτῷ κατὰ τὴν δίκην.*

κατὰ τῶν ἐξειργόντων.[a]	πρὸς τοὺς ἐξελαύνοντας ἢ οὐκ ἐῶντας ἐμβατεύειν	ἀναγκαζόμενος
		ἐγκαλῇ.
	καὶ αὕτη ἡ δίκη ἐξούλης καλεῖται.	
εἴρηται μὲν οὖν τοὔνομα[b] ἀπὸ τοῦ ἐξίλλειν ὅ ἐστιν (ἐξείργειν καὶ S) ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν[c]	εἴρηται δὲ ἀπὸ τοῦ ἐξίλλειν.[e] οἱ γὰρ παλαιοί[f] τὸ κωλύειν καὶ ἀπελαύνειν ἐξίλλειν[e] ἔλεγον[g,h].	ἴλλειν γὰρ ἔλεγον τὸ κωλύειν καὶ ἀπελαύνειν.
ἐκ τῶν χωρίων ἢ τῶν οἰκιῶν[d].		

[a]) Fehlt Bv. [b]) *μὲν κτλ.*] *δὲ* Bv. [c]) *ἐξέλλειν γὰρ ἔλεγον τὸ ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν βίᾳ* Arg. zu Dem. or. 30. *ὅ*] *ὅπερ* SBv [d]) Nur Bv. [e]) *ἐξέλλειν* S. [f]) *οἱ παλαιοὶ γὰρ* S. [g]) Ähnl. Apost., dann: *οἱ δὲ ἀπὸ τοῦ ἐξεῖναι τοῖς ἑλοῦσι κρατεῖν τῶν κεκτημένων* (oder *κτημάτων*). [h]) Etym. M.: Schlußsätze unwesentlich anders, fügt bei: *ῥητορική*.

Das Verhältnis der onomastischen Vorlagen der ersten und der zweiten Gruppe ist von Wentzel (GGA. 1897, 636) einer „komplizierten Untersuchung" vorbehalten worden, der natürlich nicht vorgegriffen werden darf. Eine starke Berührung ist jedoch, wie immer die Filiation sein möge, offensichtlich. Sie ergibt vor allem die Gleichsetzung der *ἴδια* mit Grundstücken, die denn auch allein zum *ἐκβάλλειν* bei Harp. passen. Außerdem liegt es nahe, in dem ersten Satz des Harp. ein Gegenstück zum dinglichen Urteil bei Suid. III usw. zu finden: entweder indem er gerade nur denselben Fall im Auge hat oder ihn zugleich mit ähnlichen, z. B. dem des suus heres. In der Tat ist auf diese Annahme Alb. Rehm, den ich um seine Ansicht befragte, schon durch das *καί* in *κἀπί* geführt worden; er zieht es vor, es nicht wie „insbesondere auch", sondern als Ausdruck des Gegensatzes zu verstehen. Es könnten also einfach fünf Fälle koordiniert nacheinander angedeutet sein: 1. Dingliches Urteil und vielleicht noch einiges andere, bezüglich auf Eigentum an Grundstücken, hierauf zur berich-

tigenden Ergänzung vier weitere Fälle, aus Rednerstellen gezogen, wo entweder nicht das Eigentum oder nicht ein Immobile in Frage war: 2. Pfändungspfandgläubiger nach Urteil, 3. Pfandgläubiger, 4. Bebauungsrecht, 5. Eigentum oder Recht an Mobilien, vielleicht, wie Rehm aufmerksam macht, speziell Miteigentum (*μετεῖναι*).

Es kommt weniger darauf an, ob diese Auslegungsversuche das Richtige treffen, als darauf, daß man das Auslegungsbedürfnis zugebe und die Schwierigkeiten erkenne. Noch weniger sollte das letzte Wort zur Sache gesagt sein.[1]) Dem Dunkel des attischen Eigentumsstreits ist erst schrittweise beizukommen und ein wenig näher gerade von der *δίκη ἐξούλης* und den sie behandelnden Stellen her.

5. Am stärksten zeigt sich der Gegensatz der beiderseits angewandten Methoden bei der Frage, ob die *δ. ἐ.* uns als allgemeine „Besitzstörungsklage" gelten darf. Für die Bejahung hat L. 5 als einzige Stütze das Sätzchen bei Harpokration *καὶ περὶ ἀνδραπόδου δὲ καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὑτῷ μετεῖναι* behalten. Ein umsichtiger Bearbeiter hat hier m. E. zu erwägen: Textkritik, Auslegung und rechtshistorische Einordnung.

Für die erste Frage kommt in Betracht: daß die Geschichte der Handschriften, ihrer Abstammung und Kreuzungen äußerst verwickelt und großenteils immer noch dunkel ist[2]); daß „sich bei derartigen Werken wenige Schreiber mit einer mechanisch getreuen Kopie zufriedengeben; fast jede neue Abschrift wird mehr oder minder zur neuen Rezension"[3]); daß die Epitome, die allein unseren Absatz bringt, eben das Original im ganzen verkürzte; daß Fehler

---

[1]) Denkbar wäre u. a., daß in einem hierher zu rechnenden Verfahren richterliche Schätzung stattfand, und dann auch, daß der Sieger, statt die Sache zu ergreifen, aus dem Vermögen (*οὐσία*) des Besitzers pfänden konnte, analog der m. A. 358 vermuteten Wahl. Über die *δίκη οὐσίας* wird ja überhaupt noch zu reden sein; ebenso über das Verhältnis zur ptolemäischen alternativen Verurteilung.

[2]) Vgl. z. B. Wentzel, Berl. Sitz.-Ber. 1895, 1, 487; Kalkoff, Diss. 143; Schulz, Realenzykl. 7, 2412; zum Verhältnis von Eudem und Coislin. 177 zu Suidas Cohn, Realenzykl. 6, 902f.

[3]) Reitzenstein, Der Anfang des Lexikons des Photios, 1907, p. XXXIII.

des Epitomators und Dummheiten der Abschreiber von jedermann zugegeben werden und nur über ihre Menge gestritten wird; daß *καί* und *δέ* in Glossemen häufig sind und nur nicht solche anzeigen müssen (Zit. m. A. 352); daß Schulz a. a. O. 2415f. Zusätze eines späteren Lesers zu auch in der Epitome enthaltenen Stellen nachweisen zu können glaubte; und endlich, daß Wentzel unser Sätzchen für entstellt erachtet (m. A. 352). L. 5 mißbilligt schon das Aufwerfen der Echtheitsfrage. Datiere man aber die Mutterhandschrift unserer Epitomemanuskripte mit Einrechnung des Suidas[1]) beliebig weit zurück, so verschiebt sich doch die textkritische Frage nur nach rückwärts hin. Man lehrt, Suidas müsse schon 976 n. Chr. im Gebrauch gewesen sein[2]), die Epitome selbst stamme spätestens aus dem 9. Jahrhundert[3]) — aber den Harp. setzt man am liebsten in die Zeit des Tiberius[4]), allenfalls ins 2. Jahrhundert.[5])

Auslegung: Ich habe überhaupt nur erwogen, ob das Sätzchen entstellt oder verstellt sein mag, und seinen Inhalt auch so, wie es dasteht, für harmlos erklärt, weil es, zum mittelbar Vorausgehenden als Gegensatz gehalten, sachlich Unbedenkliches ergibt. Was das darauffolgende *ταῦτα* ist, das Is. und Lys. dem Harp. lehren, ist erst noch die Frage; es gerade nur auf den letzten Satz zu beziehen, wäre Willkür (vgl. Wentzel in m. A. 354, 2. Abs.). L. 4f. verlangt, man müsse *περὶ κτλ.* mit dem unmittelbar vorhergehenden Satz verknüpfen. Gerade für L. müßte dies unmöglich sein, weil dann herauskommt, daß „das Gesetz" die *δ. ἐ.* wegen jeder beweglichen Sache gibt, und zwar das „einzelne Gesetz" über die Bebauung fremden Bodens

---

[1]) L. rügt mit Recht, daß ich versehentlich nur von der Hs. D sprach, die zwar die wichtigste Überlieferung bringt, aber hier nicht allein steht. Genauer aber als L. tut, wäre zu bemerken, daß nur gerade das Sätzchen im Coislinianus 177 fehlt — ob darauf Wert gelegt werden darf, ist ja gewiß derzeit noch fraglich —, und die ganze Glosse zu dem bei Photios (9. Jahrhundert) fehlenden Stück gehört. Indessen war, was ich betonen wollte, nicht die Zahl der Handschriften.

[2]) Krumbacher, Byz. Lit. [2] 563.

[3]) Schulz a. a. O. 2413. [4]) Schulz 2414.

[5]) Christ-Schmid, Lit. Gesch. 2, 2, 697; Cohn bei Brugmann-Thumb, Griech. Gramm. [4] (1913) 696.

(L. 7). Dagegen ließe sich, wenn man eben dem Sätzchen keinen in sich abgeschlossenen Sinn zumutet, denken, daß der Bearbeiter eine Rednerstelle vor sich hatte, die ein Stück des wohl anzunehmenden größeren Gesetzes über *ἐξούλη* behandelte und in der von beweglichen Sachen irgendwie die Rede war. Dann wäre der Satz grammatikalisch aus dem unmittelbar, dem Sinne nach aber doch aus dem ganzen Vorhergehenden zu ergänzen.

Endlich die Rechtsgeschichte. Wir haben, Echtheit vorausgesetzt, einen grammatikalisch unvollständigen, nach L. 4 selber „des präzisen Ausdrucks" entbehrenden, auf irgend etwas Vorausgehendes nachgeschickten Satz eines treuen, aber nichtjuristischen Kompilators vor uns, der in noch unaufgeklärter Weise aus alten Quellen schöpft. Diesem Sätzchen entnimmt L. A.R. 671 den nirgends sonst bezeugten Rechtssatz, daß jeder Sachbesitzer wegen Störung des Besitzes die *δ. ἐ.* habe. „Daß die Klage überhaupt gegen die Wegnahme auch beweglichen Gutes stattfand, haben wir dem Harpokration einfach zu glauben." Es macht ihm auch nichts aus, daß daraus eine Konkurrenz mit der *δίκη βιαίων* entsteht (672f. N. 125), und es wird nicht einmal gefragt, ob die angebliche Konkurrenz die Folge sich schneidender Grundgedanken jener Klagen sei. „Wir müssen uns darum" — immer wegen jenes Sätzchens — „begnügen, auch hier wieder die schon mehrfach konstatierte Tatsache anzuerkennen, daß das attische Recht zur Verfolgung desselben Vergehens verschiedene Wege zu eröffnen liebt."

Man denke, wie das römische Recht sich uns darstellen würde, wenn man derartige Glaubenssätze zum Ersatz der Rechtsgeschichte nähme.

6. Der Streitstand (L. 7—9) ist keineswegs der, daß L. mir „einen weiteren Geltungsbereich" der *δ. ἐ.* nachgewiesen hätte, und damit meine These, sie sei Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe, . . . „rettungslos zusammenbreche" (L. 8). In der ersteren Richtung hat mir L. nichts nachgewiesen. Die einzelnen Fälle hatte ich alle selbst in Rechnung gezogen, freilich mit größerer Vorsicht (m. A. 373) als L. Der neu gebrachte Fall der Pfändung ohne Urteil und Exekutivklausel existiert nicht, betrifft aber

auch nur die Voraussetzungen der Pfandnahme und würde nicht diese selbst als Erfordernis der δ. ἐ. beseitigen. Übrig bleibt nur der aus dem Sätzchen oben Nr. 5 gezogene unhaltbare Rechtssatz.

Was die Schlußfolgerung aus dem gesamten Material anlangt, behauptet L. jetzt, trotz Harp., selbst nicht mehr mit der früheren Bestimmtheit, „jedes Besitzrecht" genüge (L. 9), ohne ein engeres Prinzip angeben zu können. Wie steht denn aber das Problem? Warum begegnen wir gerade der Pfändung auf Grund eines Urteils, dem „Prozeßsieger", dem Käufer vom Staat, dem Pfandgläubiger, dem suus heres und, wenn man schon weniger vorsichtig sein will, der Bebauung fremden Bodens, also doch wohl dem diese hindernden Nachbarn (näheres m. A. 351)? Zufall? Es wäre ein seltsamer Zufall. Auf seine Annahme ließe sich gar keine Theorie bauen, auch nicht die widerspruchsvolle meines Gegners. Noch schlimmer: Nach welchen methodischen Grundsätzen kann man, wenn z. B. die Quellen immer wieder die δ. ἐ. dem Prozeßsieger geben, sie dem Eigentümer ohne Prozeß zuschreiben?

Auf der Hand liegt vielmehr, was jenen Kategorien von Berechtigten gemeinsam ist: das Recht zum eigenmächtigen Besitzerwerb, und wodurch dieses Recht deliktisch gekränkt wird: durch die Hinderung der Selbstbemächtigung. Fragen darf man ausschließlich, wie es zu werten sei, daß ἐξούλη nicht bloß das ἐμβατεύειν κωλύειν, sondern auch das ἔχοντα ἐκβάλλειν ist, das Austreiben aus schon bestehendem Besitze, daß also durch die Sanktion der δ. ἐ. nicht nur Besitznahme, sondern auch Besitzverteidigung geschützt wird, m. a. W. unsere Klage neben der aggressiven auch eine defensive Bedeutung hat — jedoch wohlgemerkt, indem sie nach unseren Quellen auch in der defensiven immer bloß denselben Titelinhabern zusteht wie in der aggressiven, nämlich den obenerwähnten, in abstracto bestimmten Arten von Klägern. Nicht jedem berechtigten Besitzer gegen jeden Störer! Schon dies läßt darauf schließen, daß der leitende Gedanke unseres Klageschutzes dort zum Ausdruck kommt, wo das Recht zum eigenmächtigen Zugriff gedeckt wird, denn dieses ist in

Athen bereits ein Privileg eben jener[1]) Titulare; nicht aber, wo die selbsthilfeweise Verteidigung geschützt wird, die ja kein Sonderrecht jener Leute ist.[2]) Warum die Erhaltung im Besitze für sie durch *δ. ἐ.* mitgeschützt sein muß, ist klar: Der eine Schutz ohne den andern wäre natürlich höchst fragwürdig gewesen. Dann hätte jemand einfach die Pfändung erdulden und den Pfänder nachträglich hinauswerfen können, ohne *ἐξούλη* zu begehen. Dem prohibitus den deiectus gleichzustellen, mußte naheliegen. Und dies ist um so verständlicher, wenn man mit mir in dem ganzen beschränkten Anwendungskreis der *δ. ἐ.* lediglich einen Rest des ausgedehnten Selbsthilferechts der Vorzeit erblickt, wo noch gar nicht in gleicher Weise wie bei der späteren Einengung des Angriffsrechts Zugriff und Verteidigung eine Unterscheidung brauchten, also das *ἀφαιρεῖσθαι, ἐξάγειν* usf. einen erstmalige Hinderung und nachträgliche Hinausweisung umfassenden Sinn haben mochte. Vielleicht gehen darauf noch manche vagere Redewendungen zurück, wie z. B. Isai. 3, 62: *εἴ τις αὐτὴν ἀφῃρεῖτο ἢ ἐβιάζετο*, wo wir trotz L. (8 unten) zweifeln dürfen, was gemeint ist.[3]) Doch dies nebenbei.

Für das historische Recht ist die Frage nicht „gegenstandslos“ (L. 8), ob *δ. ἐ.* immer noch Platz greift, wenn der Zugriff endgültig vollendet, beispielsweise ein Verfallspfandgläubiger gewöhnlicher Eigentümer geworden ist (m. A. 371). Für die Bejahung haben wir keinen Beweis, vollends nicht, wenn man mit L. 6 Pollux VIII 59 als nicht „ganz einwandfreie Ableitung“ aus Dem. or. 32 betrachtet. Damit entfällt ein denkbares Argument meines Gegners von vornherein.

Dagegen verbleibt der Faustpfandgläubiger oder der besitzende Käufer *ἐπὶ λύσει*, während er noch nicht das Eigentum erlangt hat, in derselben schutzbedürftigen Anwärterstellung, wie ein Hypothekar nach der eigenmächtigen Besitzergreifung. Dies ist der Fall des Mikion[4]) Isai. 5, 22,

---

[1]) Ich sage nicht: nur jener. [2]) Vgl. m. A. 374.

[3]) Deshalb nahm ich zur Vorsicht (S. 374) an, es sei nicht bloß von der Besitzergreifung die Rede.

[4]) Daß Mikion den Besitz selber eigenmächtig ergriffen habe, ist mir nicht eingefallen, vgl. m. A. 370f.

dem wir mit L. die δίκη ἐξούλης gegen den ihn ausweisenden Eigentümer Menexenos zuschreiben. Ob darin etwas besonders Auffälliges liegt? Schwerlich. Der Schutz durfte schlechthin dem Pfandgläubiger (einschließlich des πριάμενος ἐπὶ λύσει) zukommen, dem Faustpfandgläubiger füglich nicht weniger als dem Hypothekar.

Jeder besseren Erklärung würde ich mich beugen. Nichts Besseres wäre es aber, die Grundbedeutung des ἐξείλλειν im Vertreiben aus dem schon vorhandenen Besitze, Besitzstörung u. dgl. zu erblicken. Man müßte sich dann in allen andern Fällen helfen, wie Hudtwalcker, Diäteten 136: Fand (der Prozeßsieger) „Widerstand, so konnte er mit der δίκη ἐξούλης, gleichsam als sei er aus einem ihm zukommenden Besitz vertrieben, indem er an einer ihm zustehenden Besitzergreifung gehindert war, klagen". Auf die unbestreitbar hauptsächlichen Fälle, wo der Kläger noch gar keinen Besitz hat, angewendet, stellt diese Auffassung die Sache auf den Kopf. Und sie paßt nicht auf Umschreibungen wie ἐξείργειν und κωλύειν.

Die meinige aber wird noch plausibler, wenn das ἐξάγειν des Menexenos nichts weiter als einen Protest verwirklichen wollte, nämlich gegen die Endvollstreckung.

7. Eine spiritualisierende Entwicklung der ἐξαγωγή nehmen sowohl L. als ich an. Aus einem Gewaltakt mit unmittelbarer Folge für die tatsächlichen Besitzverhältnisse dürfte sie sich zu einer Protesterklärung — mit oder ohne Angreifen der Sache, stehe dahin — abgeschwächt haben. Damit versuchte ich, den bisher dunkelsten Punkt in der Rede Dem. 32 zu erklären.[1]) Demon habe die ἐξαγωγή =

[1]) L. 11 f. warnt davor, die Begründung der Ansprüche des Sprechers vertrauensvoll hinzunehmen — wobei sich doch fragt, wieweit seine Verschleierung des Sachverhalts reicht — und wirft mir im gleichen Atem „entschiedenen Widerspruch mit der Sachdarstellung" vor, weil ich es für „wahrscheinlich" halte, daß die Sinnesänderung des Protos seiner ἐξαγωγή zeitlich nahe folgte. Und doch darf sich diese Annahme eher als die gegenteilige auf die Notiz § 25 a. E. stützen: ὡς δὲ δεῦρ' ἥκοντος αὐτοῦ κτλ. . . . ἄλλην εὐθέως ἔλαβε γνώμην. Der ganze Vorgang ist nur vermutungsweise erschließbar. Nun betrachtet Mitteis, ZSSt. 23, 292 die Weigerung des Zenothemis, sich gegen Protos einzulassen, als einen eminent taktischen Zug, der den Protos für ihn gewinnen mußte. Damit

Widerspruch gegen die Ausübung des bestrittenen Pfandrechts des Zenothemis vollzogen, soviel an ihm lag (§ 17: *ἐξῆγεν* versuchte auszuweisen), aber Zenothemis *οὐκ ἐξήγετο*, ließ sich nicht ausweisen, d. h. kümmerte sich nicht darum. Protos hätte darauf weiter vorgehen können, tat es aber nicht. Dagegen wendet L. 12 ein, Protos erkläre, erst ausweisen zu wollen, § 19: *διεμαρτύρατο ἐξάγειν βεβαιοῦν ἀναπλεῖν ἐθέλειν*. L. erwähnt nicht und setzt sich nicht damit auseinander, daß Schäfer, Dindorf und Blaß gleichermaßen, und m. E. mit Recht, statt des *βεβαιοῦν* mit der margo der ed. Paris. a. 1570 *βεβαιῶν* vorziehen. Keinesfalls aber kann Protos noch gar nichts getan und alles erst angekündigt haben; was sollte dann *οὐκ ἐξήγετο* von Zenothemis besagen? *Ἐξάγειν* muß hier heißen: mit Erfolg ausweisen.

---

stimmt es, wenn ich annehme, Protos habe sich wirklich gewinnen lassen, das ordentliche Verfahren gegen Zen. nicht fortzusetzen. Nach Mitteis wollte Zen. freilich auch deshalb nicht gegen Protos klagen, weil dieser die Kaufurkunden in Händen hatte; gerade das ist nach L. 12 N. 1 „nicht richtig". In Wahrheit können wir es nicht ausmachen. Daß schließlich hinterdrein noch ein gemeinsamer wirkungsloser Akt von Protos und Demon folgt, worauf allein L. sich beruft, beweist nur, daß Protos sich nicht offen auf Zenothemis' Seite stellte. Und ebendas hat er auch unterlassen, als er das Versäumnisurteil (§ 26) gegen sich ergehen ließ. — Von diesen Zweifeln über die Motive des Zen. ist scharf zu unterscheiden die juristische Lage, die ihm das *οὐκ ἐξάγεσθαι* erlaubte. Dieser galt mein Erklärungsversuch. Naber, Sertum Nabericum 278, auf den L. zurückgreift, muß Grundsätze unterstellen, von denen die Rede nichts sagt: „aut . . . . possessione cedendum, qui suo nomine deducere nollet" — wobei überdies Protos als direkter Stellvertreter des Demon gefaßt wäre, eine m. E. unzulässige petitio principii gegenüber dem attischen Recht —, „aut . . . . quia non erat possessio firma", aber wo ist der Beweis, daß der *ἐξάγων* überhaupt Besitzer, geschweige denn sicherer Besitzer sein mußte? Ich glaube aus schon ausgeführten Gründen an das Gegenteil. Etwas anderes wäre folgendes. Deutlich ist, warum Demon das Getreide übernehmen mußte; er beansprucht ja selbst das Eigentum, falls der Schuldner nicht zahlt, wie neuerdings Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld 10f. klar ausführt, und Protos verlangt die Übernahme, wenngleich aus anderem Grunde. Da nun die Übernahme nicht, wie L. 11 angibt, nach, sondern vor die Ausweisung durch Demon fällt (§ 20: *παρειληφόσιν*), wäre es allerdings wertvoll für uns, zu wissen, ob etwa mit ihr die *ἐξαγωγή* des Demon erst schlüssig zu begründen war? (etwa mangels Pfandrechts im eigentlichen Sinne??). Keinesfalls lehrt uns aber § 20, daß bis dahin Protos nicht legitimiert war.

Aber L. vermeint „die Schwierigkeit zu heben". Die ἐξαγωγή sei jetzt ein gemeinsamer Willensakt der Parteien geworden. Ohne alle Rechtfertigung eine gewagte Behauptung. Aus dem einseitigen Akt des Widerstands soll ein zweiseitiger geworden sein, aus der Handlung, die durch ihre die Selbsthilfe hemmende Kraft einen bestimmten Schutz gewährte — was ja freilich L. nie würdigt, aber gerade in dieser Rede § 18 a. E. klar betont wird —, eine ohne das Belieben des Gegners ganz wirkungslose. Die kurze Berufung auf eine „Übereinstimmung mit der deductio quae moribus fit" hilft da nichts; worin soll die Analogie bestehen? Etwas ganz anderes war es mit den Andeutungen F. Hofmanns, etwas völlig anderes mit der umsichtig entwickelten Theorie von Mitteis (vgl. bes. S. 292f.), die ihre von den Lipsiusschen gänzlich verschiedenen Voraussetzungen hat und namentlich einen petitorischen Prozeß (289f.) unterlegt. Was aber hat mit einer Deliktsklage der symbolische Vertrag zu tun, und zumal ein Vertrag, um dessen Abschluß sich keine Behörde annimmt, hinter dem nichts gleich dem stets gewärtigen Zwange des römischen Magistrates steht?

Ein Rätsel löst man nicht mit einem anderen. Die Frage war doch gerade, wie es möglich ist, daß zu einem vermeintlich von der Rechtsordnung für die Einleitung eines Prozesses verlangten Vorgang die eine Partei ohne jeden Schaden die Mitwirkung verweigern darf. Diese Schwierigkeit hebt L. nicht; er vermehrt sie noch.[1]) —

Der den griechischen Quellen ferner stehende Leser empfängt vielleicht einen besseren Einblick in die maßgeblichen Probleme, wenn wir kurz einige Vermutungen über das

[1]) In der Ausführung L. 13 zu Dem. or. 30 scheint eine unhaltbare Auffassung des Eigentumserwerbs am Pfändungspfand mitzuspielen. Auch mit den restlichen Beanstandungen steht es m. E. wie mit den oben besprochenen, mit einer Ausnahme (L. 2 N. 1), die ich gerne ausdrücklich bezeichne: meine Auslegung (381 N. 2) von Lys. 23, 12 und nicht jene von L. Att. R. 642 N. 19 dürfte falsch sein, und das δίκην λαβεῖν παρά . . . so zu verstehen sein, wie ich selbst D. Lit.-Ztg. 1908, 2934 angab. Für meinen Text folgt daraus nur der Wegfall des einschränkenden Wortes „wahrscheinlich". S. 380 N. 1 (L. „darum") hat damit gar nichts zu tun.

römische Urrecht in Erinnerung rufen, auf die die neueste Romanistik zustrebt. Ihre gegenüber unseren gräzistischen sehr viel weiter reichende Unsicherheit hat kaum noch jemanden abgeschreckt. An unser Material herangehalten, lassen sie sich mühelos ergänzen. Was sich uns aus der Betrachtung der Klagen *ἐξούλης, ἐξαιρέσεως* und *εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν* ergab, reiht sich eben in einen weiten Zusammenhang alten menschlichen Denkens ein. Für das germanische Recht hat über das, was ich als Laie ausführen durfte, hinaus sofort Herb. Meyer, ZSSt., G. A. 37, 494 Verwandtschaften berührt, deren Wert sich wohl mit der Zeit aus den Streitfragen der einschlägigen Lehren herausheben wird. Von den römischen Parallelen (m. A. 385—388) denke man z. B. an folgende.

1. Die legis actio sacramento in rem ist Zugriff und Gegenzugriff auf die Sache mit Rechtsbehauptungen, Vorwurf des Ansprechers gegen den Kontravindikanten: iniuria vindicavisti, während der Gegner die Rechtmäßigkeit betont: ius feci, und Buße des Unterliegenden an den Staat (m. A. 385ff.). Dem läßt sich die persönliche Klage durchaus analog denken, insbesondere ursprünglich, wo sie „sicherlich einfach Zugriff auf die Person des Hafters war" (m. A. 387). In dieser letzteren Anschauung begegne ich mich nun mit Koschaker, ZSSt. 37, 356ff.

2. Dieser ursprünglich außergerichtliche, später im Streitfall gerichtsordnungsmäßig eingekleidete Angriff ist nach meiner wie Koschakers Ansicht ein Versuch des Ansprechers zur Selbsthilfe: Zugriff auf die Sache, die sein sei, auf den Menschen, der ihm in Schuldknechtschaft verfallen sei. Für beide Haftungen vertritt jetzt nämlich Koschaker dieselbe Auffassung, wie ich sie aus den griechischen Quellen entnehme: sie ist vorprozessual (m. A. 359) im doppelten Sinne: daß sie bestand, als der Staat die Selbsthilfe noch außergerichtlich zuließ, und daß sie nach späterem Fortschritt durch den Prozeßsieg nicht geschaffen, sondern bloß anerkannt wird. Dies bedeutet nach meiner Meinung zunächst: Der defendens, Kontravindikant, verhindert den Zugriff als angeblich unrechtmäßig (iniuria = *ἀδίκως*), er leugnet das Zugriffsrecht mit Gegenbehauptung. Daraus

entsteht kraft des Zwischentretens des Gerichtes der Prozeß, und der Staat stellt nun fest (klar), wer recht hat — dies aber in der Form des Deliktsprozesses, und deshalb in dem Sinn: utrius sacramentum iustum sit, weil nur an der Buße der Staat interessiert ist.

Der Staat schränkt also die Selbsthilfe ein, indem er ihre Vollendung im Falle ihrer ordnungsgemäßen Hinderung an die neue Voraussetzung der gerichtlichen Feststellung — Offenkundigmachung —, wessen die Sache sei, knüpft.[1]) Für die Zwangsvollstreckung folgt am einfachsten, daß der Zugriff nun erneuert werden darf, wie am germanischen Grundstück (m. A. 357. 377), durch den Prozeß also nur aufgeschoben ist. Das alles läßt sich aus griechischen Quellen unmittelbar entnehmen. Ohne Kenntnis dieser Darstellung entwirft jetzt Koschaker a. a. O. 356—358 genau dasselbe Bild vom römischen Verfahren, mit weniger äußeren Anhaltspunkten, und doch wenigstens teilweise überzeugend.

3. Bei der manus iniectio iudicati ergreift der Gläubiger den Hafter mit solenner Rechtsbehauptung. Es hindert ihn durch manum depellere der Vindex, Ansprecher und zugleich Schützer, Verteidiger, Erretter, wie noch der „allgemeine Sprachgebrauch bei Cicero und andern“ lehrt.[2]) Das Hindern wird auch Gegenzugriff sein, da er endo eo vindicit, was Mommsen[3]) dem vindicare in re an die Seite stellt. Auch braucht die Etymologie des Festus: vindex ab eo quod vindicat nicht zuzutreffen, offenbar fand man doch die sachliche Analogie mit der Kontravindikation selbstverständlich. Endlich ist aus dem Gaianischen Bericht längst gefolgert worden[4]), daß der Vindex auf das Doppelte verurteilt wird, in einem volksrechtlichen Deliktsprozeß, wo das Delikt nur eben seine Entreißung des Ergriffenen aus dem Zugriff[5]) sein wird.

4. Nicht anders braucht aber auch der Vindex bei der in ius vocatio gedacht zu werden. Seine ältere Gestalt ist

---

[1]) m. A. 342 N. 2. 357f. 376. 389.

[2]) Lenel, ZSSt. 25, 243. [3]) Bei Bruns, Fontes zu XII tab. 3, 3.

[4]) Genaueste Darstellung bei Wenger, Actio iudicati 102—104.

[5]) Ob dadurch auch aus der Haftung, wofür Festus' quominus .... teneatur geltend gemacht werden könnte, interessiert hier weniger.

zuletzt von Lenel, Ed. § 11 und Partsch, ZSSt. 30, 498ff. so deutlich herausgearbeitet worden, daß ein einziger Punkt ganz „dunkel" blieb: wir sehen kein schuldrechtliches Einstandsversprechen des Vindex (Partsch S. 500). Dies hellt sich auf, wenn er ursprünglich eben gar nicht Gestellungsbürge, sondern wiederum Kontravindikant war, gleich z. B. dem assertor in libertatem. Dann entzieht er, wie der Vollstreckungsvindex, den Ergriffenen aus der Hand des Angreifers, hindert wie jener den Zugriff, der aus der Haftung fließt, und unterliegt deshalb einer Deliktsklage Daß man die hierauf ganz vortrefflich passende Definition des Festus: vindex ab eo quod vindicat, quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur auf beide Arten des Vindex gleichmäßig anwenden darf, wird ja mit Recht für zweifellos gehalten (Lenel, Ed. 67). Freilich aber ging die Entwicklung überall dahin, die Selbsthaftung vorzuschieben, wodurch im gleichen Zuge der für den Hafter Eintretende Gestellungsbürge werden mußte. Dem entspricht manches im Tätigwerden des Prätors. In der missio in bona eius qui vindicem dederit si neque potestatem sui faciet neque defendetur, Ulp. D. 42, 4, 2 pr. ist eine subsidiäre Einlassungspflicht des ursprünglichen Hafters anerkannt (Lenel, Ed. 72). Partsch sieht darin mit Grund eine einstmals neue Einführung. Zum andern erteilt der Prätor ein Exhibitionsdekret (Paul. D. 2, 8, 4), das eine Gestellungspflicht des Vindex einschließt; auch da steht nebenher die Frage offen, ob diese Pflicht nicht gerade erst durch das Dekret, allenfalls durch eine vorbereitende prätorische Kaution hergestellt worden ist. Jedenfalls ist in dem von Lenel rekonstruierten klassischen Zustand nichts enthalten, was verbieten würde, die reine Gestalt des altzivilen Vindexrechts als einfache Anwendung des sich immer wiederholenden Gedankens: selbsthilfeweiser Zugriff und Hinderung aufzufassen.

Diesem Gedanken in den antiken Rechten weiter nachzugehen, dürfte lohnenden Ertrag verheißen. Um so weniger darf er außer acht gelassen werden, wo die Quellen ihn uns aufdrängen — wie in der δίκη ἐξούλης.

Miszellen.

[Zu D. 46, 3, 91 (Labeo libro sexto pithanon a Paulo epitomatorum).] Zu den Stellen, die mancherlei Rätsel aufgeben und zugleich ein erhebliches rechtsgeschichtliches Interesse darbieten, gehört die aus Labeos Pithana stammende l. 91 D. de solut. 46, 3. Sie ist in neuerer Zeit mehrfach besprochen worden (s. die Nachweise in meiner Erfüllung S. 19, jetzt auch Steiner, datio in solutum [1914] S. 24 Note 3). In der italienischen Literatur beschäftigt sich eine eigene Abhandlung mit ihr (Manenti im Bulletino dell' istituto di diritto Romano Bd. 23 [1911] S. 29—38). Seine Ausführungen haben bei Koschaker in dieser Zeitschrift Bd. 37 S. 354 Note 1 am Schlusse weitgehende Zustimmung gefunden. Indessen rühren Manentis Erörterungen kaum an das eigentlich Problematische der Stelle, selbst zur Begründung seiner eigenen Auffassung sind die Quellen nicht voll ausgenutzt, die Anregungen der neueren deutschen Literatur sind unberücksichtigt gebieben. So erscheint eine erneute Erörterung unter Heranziehung der erreichbaren geschichtlichen Anknüpfungspunkte keineswegs überflüssig.

Die Stelle lautet:

> Labeo libro sexto pithanon a Paulo epitomatorum. Si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est, non potest invitus a te solvi. Paulus: immo debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris; quod etiamsi acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te doli mali praescriptio excludet.

Sie weist einen Bau auf, der in den Fragmenten, die aus den Pithana stammen, sehr gewöhnlich ist: Zunächst die von Paulus ausgezogene Stelle aus der Urschrift, dann dessen vielfach mit „immo" eingeführter berichtigender Zusatz. Der an die Spitze gestellte Ausspruch ferner gibt sich als allgemeine Rechtswahrheit, er verschmäht es, seinen etwa vorhandenen konkreten Anknüpfungspunkt zu offenbaren. Ebendeshalb bietet er der kasuistischen Betrachtung Angriffspunkte dar. Eine nähere Beziehung ließe sich vielleicht aus der Berücksichtigung der systematischen Anordnung der libri Pithanon gewinnen, wenn wirklich sicher feststände, daß das System des Sabinus bis auf die Einzelheiten der Gliederung ihr nachgebildet war. Indessen ist dies nicht unzweifelhaft, vor allem macht das Auftreten derselben Materien in verschiedenen Büchern stutzig (vgl. Lenel, Palingenesia

I p. 528 Note 3; Pernice, Labeo I S. 37 Ziff. 4; mehr im Sinne der Bejahung allerdings Krüger, Geschichte der röm. Rechtsquellen § 19 S. 143, § 21 S. 150).

Labeo spricht aus, daß der Schuldner, der nicht befreit werden will und gegenwärtig ist, nicht wider seinen Willen vom Gläubiger „gelöst“ werden kann; hierbei muß man sich bewußt bleiben, daß das „solvi“ an sich sowohl die Befreiung durch einen reale Zahlung enthaltenden Akt, wie durch einen Erlaß umschließt.

Die Wendung „a te solvi“ klingt an die Formel der nexi liberatio an (hierauf hat zuerst Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte S. 36 Note 20 hingewiesen) will also jedenfalls die rechtsförmliche Befreiung durch Libralakt einschließen.

Damit wird vielleicht der Erlaßgedanke vorzugsweise unterstrichen; wenn nämlich schon zu Labeos Zeiten die Verwendung der nexi liberatio zum rechtsförmlichen Erlaß im Vordergrunde stand — im Hintergrunde würde aber sprachlich immer auch die reale Zahlung stehen, soweit sie mit einem rechtsförmlichen Tilgungsakte kombiniert ist.

Faßt man nun zunächst nur Labeos Ausspruch ohne die paulinische Note ins Auge, so tritt sie auf den ersten Blick in scharfen Widerspruch zu all den Stellen, in denen die Klassiker, wie Ulpian (D. 46, 2, 8, 5) und Marcian (D. 46, 3, 23), aber auch schon vorklassische Juristen, wie Gaius (D. 46, 3, 53, D. 3, 5, 38/39) und Pomponius (D. 46, 3, 23) immer und immer wieder, zum Teil mit ausgeführter Begründung betonen, daß der Schuldner auch wider seinen Willen durch Zahlung eines Dritten befreit werden kann. Ja, eine Stelle, die bis auf Labeo zurückgeht (D. 3, 5, 42/43, Labeo lib. VI posteriorum epitomatorum a Iavoleno), scheint auf derselben Annahme zu beruhen.

Indessen unterscheidet sich der Tatbestand unserer Stelle in zwei wichtigen Punkten von dem aller anderen: Einmal dadurch, daß ausdrücklich hervorgehoben wird, daß der Schuldner, um dessen Befreiung wider seinen Willen es sich handelt, gegenwärtig ist. Sodann dadurch, daß die Absicht der Befreiung hier vom Gläubiger ausgeht, während in den übrigen Fällen der Ausgangspunkt von dem spontanen Auftreten des Drittleisters genommen wird. Die Bedeutung dieser Differenzpunkte bleibt zu prüfen.

Mitteis hat bei Besprechung des Fragments in dieser Zeitschrift Bd. 30 S. 441 die Interpolationsfrage aufgeworfen. Er denkt daran, daß die Kompilatoren möglicherweise, „als sie die Stelle herrichteten und auf Realzahlung bezogen, daran Anstoß nahmen, daß sie sonst die Zahlung pro invito et ignorante anerkannt hatten und die Sache dadurch zu harmonisieren suchten, daß sie wenigstens den a praesente eingelegten Widerspruch gelten ließen“.

Manenti (a. a. O. S. 35) führt die Hervorhebung der Gegenwart des Schuldners, wie übrigens bereits vor ihm, wenigstens dem Sinne nach, Oertmann im Arch. civ. Prax. 82 (1894) S. 389, darauf zurück, daß Labeo an der betreffenden Stelle der Pithana speziell von der Befreiung des Schuldners durch acceptilatio gehandelt habe und also

die Gegenwart des Schuldners habe voraussetzen müssen. Schon diese Voraussetzung ist nach dem oben Ausgeführten höchst gewagt, entspricht jedenfalls den Worten Labeos nicht; die einzige in Betracht kommende Begründung, die Manenti dafür gibt, knüpft an die Worte des Paulus: „quod etiamsi acceptum non feceris" und will darauf hinaus: (S. 34) Paulus folge dem Gedankengang Labeos und beeile sich, nachdem er das Auskunftsmittel der Befreiung durch Novation angegeben, seine volle praktische Eignung durch den Hinweis darauf zu erhärten, daß es dann gar nicht nötig sei, zur Akzeptilation zurückzugreifen; Paulus' Bemerkung habe gar keinen Sinn, wenn es sich in dem von Labeo aufgestellten Falle nicht gerade um acceptilatio als Befreiungsmodus gehandelt habe. — Dieses auf den ersten Blick bestechende Argument verliert sofort allen Wert, wenn man in den Sinn der Paulinischen Bemerkung tiefer eindringt. Paulus hält dem Ausspruche Labeos entgegen, daß man seinen Schuldner trotz seiner Anwesenheit und gegen seinen Willen dadurch befreien könne, daß man einen Dritten unterschiebe, von dem man sich novandi causa das von jenem Geschuldete versprechen lasse. Und er fügt hinzu, daß dann auch ohne acceptilatio „quod ad te attinet, res peribit". Der Hinweis darauf, daß die Akzeptilation unnötig sei, hat nur Bezug auf das Verhältnis des neu eintretenden Schuldners zum Gläubiger. Denn wie sollte Paulus auf den Gedanken kommen, daß für die novierte Verbalschuld noch eine Akzeptilation erforderlich sei? Für die novierende Obligation aber kommt natürlich als formales Tilgungsmittel nur die Akzeptilation in Betracht, weil sie verbis kontrahiert ist. Für sie besteht auch ein Grund hervorzuheben, daß die Akzeptilation hier unnötig ist — weil nämlich der Dritte unter seiner Gefälligkeit nicht leiden darf und also dem Gläubiger, der die formell bestehende Verpflichtung ausnützen wollte, die exceptio doli entgegenhalten könnte. Man braucht sich nur die Frage vorzulegen, ob die Erörterung des Paulus in diesem Punkte anders lauten würde, wenn Labeos Ausspruch in erster Linie auf eine formell durch Libralakt zu tilgende Schuld gemünzt ist (Judikat oder Damnationslegat); auch hier könnte Paulus mit gleichem Rechte hervorheben, daß der expromittierende Dritte wegen seiner auf Novationsstipulation beruhenden Schuld auch ohne Akzeptilation beruhigt sein könne, da er gegen Untreue des Gläubigers durch exceptio doli geschützt sei. Kurz, Paulus will nur einem möglichen Einwand gegen den von ihm vorgeschlagenen Tilgungsweg zuvorkommen und hervorheben, daß das Gesamtergebnis schon nach bloßem Novationsvollzug sachlich einer völligen Tilgung gleichstehe; vgl. D. 50, 17, 66: Marcellus. Desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem (Ulpian. lib. LX. Dig.) sowie den von Paulus selbst herrührenden Ausspruch in D. 50, 17, 112.

Weiter erhebt sich gegen Manentis rein formale Deutung des Tatbestandsmerkmals der Gegenwart des Schuldners ein gewichtiges Bedenken. Angenommen einmal, Labeo hätte es nur eingeschoben, weil

er von der Befreiung von einer Verbalschuld handelte, und hierbei also die acceptilatio im Sinne hatte, deren Form ohne Anwesenheit des Schuldners nicht herstellbar ist — wie konnte er dann die Möglichkeit einer Novation mit einem Strohmann so ganz außer acht lassen? Dafür bedürfte es doch einer ins Materielle gehenden Begründung und die Verlegenheitsauskunft Manentis auf S. 36 (ich setze sie wörtlich hierher) hilft darüber nicht hinweg. Manenti (S. 35/36): „Dato infatti per ipotesi che per liberare quel tal debitore era necessaria l'acceptilatio (necessità, si avverta che Labeone ad suo tempo specialmente non aveva bisogno di enunciare, perchè dato che essa, come noi riteniamo, ricorresse, sarebbe apparsa già ad evidenza dalla configurazione del caso stesso trattato da Labeone e qui non reprodotta), è evidente che, data la natura e la struttura dell' acceptilatio, questa, senza la volontà ed il concorso del debitore, non poteva farsi."

Vom rein formalen Standpunkt aus betrachtet liegt die Nichtberücksichtigung der Novation durch Labeo doch viel näher, wenn es sich um eine obligatio handelte, die auf die nexi liberatio als solennes Tilgungsmittel angewiesen war, weil hier an der zivilistischen Gleichwertigkeit der auf anderem Formcharakter beruhenden Novation im Verhältnis zur strengeren Form des Libralakts wenigstens zu Labeos Zeit gar sehr gezweifelt werden konnte. Vgl. Cicero de leg. II, 21, 53, wo keine Novation angewendet, sondern zunächst durch nexi liberatio mit dem Erben selbst Befreiung herbeigeführt, dann durch Stipulation neu versprochen wird.

Oder sollte Manentis Gedanke durch eine von ihm freilich nicht berücksichtigte Quellenstelle entscheidend gestützt werden? Man könnte geneigt sein, den Schluß der l. 13 § 10 D. de accept. 46, 4 für seine Meinung heranzuziehen: „ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur" (Ulp. ad Sab.).

Wenn ein solcher Rechtsgedanke bis auf den Anfang des Prinzipats zurückgeht, so könnte man in Labeos Ausspruch einfach seine auf die Spitze gestellte Formulierung finden und daraus herausholen wollen: Wenn es sich um die Befreiung des Schuldners von einer Verbalobligation handelt, ist die Ignorierung seines Willens (auf dem Wege der Novation mit persona supposita) nur im Falle seiner Abwesenheit und der dieser gleichstehenden Fälle zulässig. Indessen liegt dieser Sinn in D. 46, 4, 13, 10 an sich nicht; ehe man ihn in den Ausspruch Labeos hineinlegt, empfiehlt es sich, diesen unter Heranziehung aller einschlägigen Rechtsgedanken seiner Zeit genau zu prüfen.

Wenn der Gläubiger seinen Schuldner gegen dessen Willen befreien will, so kann er dabei sein eigenes Interesse oder das des Schuldners im Auge haben. Natürlich sind auch Kombinationen beider denkbar. Für den ersten Fall habe ich ein Beispiel auf S. 20 meiner Erfüllung beigebracht. Der zweite Fall ist gegeben, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Befreiung von seiner Schuld schenken will.

Hier erhebt sich aber ein Bedenken (schon die Glosse hat es bemerkt); allerdings tritt es uns erst in der klassischen Zeit und dort

anläßlich eines Sonderfalls formuliert entgegen — es harmoniert aber so mit der Denkweise der älteren Zeit, daß es auch für diese wenigstens einen Fingerzeig gewährt: Es ist der Satz der l. 69 D. de RI 50. 17: „Invito beneficium non datur." Mithin fragt es sich: Gibt es Anhaltspunkte dafür, daß eine solche Erwägung schon für Labeo eine Rolle gespielt hat? Und zwar in dem Sinne, daß man durch sein Auftreten verhindern kann, daß einem ein beneficium erwiesen wird? daß man auch nicht den Schein zu dulden braucht, man lasse sich seine Schuld vom Gläubiger schenken? Oder auch: ein beneficium, das einem vom Gegner erwiesen werden solle, sei kein beneficium? Einem Manne, der die Ehre des Konsulats ausschlug, weil sie ihm vom politischen Gegner angeboten wurde, dürfen wir solche Denkweise wohl zutrauen. Es gibt aber noch einen direkteren Anhaltspunkt hierfür: In Senecas Schrift de beneficiis, die ja zeitlich um wenig mehr als ein Menschenalter von Labeos Tagen getrennt ist, finden wir einen auffälligen Anklang: eine Stelle, die dem Ausspruche Labeos geradezu als Begründung aus dem Geiste der stoisch angehauchten Popularphilosophie der beginnenden Kaiserzeit angehängt werden könnte: Seneca, de beneficiis 2, 19, 2. „Quia non est beneficium accipere cogi, non est beneficium debere cui nolis. Ante des oportet mihi arbitrium mei, deinde beneficium." Und bereits vorher ebenda 2, 18, 5: „Itaque eligendum est, a quo beneficium accipiam, et quidem diligentius quaerendus beneficii quam pecuniae creditor. Huic enim reddendum est quantum accepi, et si reddidi, solutus sum ac liber. at illi plus solvendum est, et nihilominus etiam relata gratia cohaeremus: debeo enim, cum reddidi, rursus incipere manetque amicitia. (et ut in amicitiam) non receperim indignum, sic ne in beneficiorum quidem sacratissimum ius, ex quo amicitia oritur."

Betrachten wir so den Ausspruch Labeos im Lichte seiner Zeit, so verstehen wir durchaus, daß er dem gegenwärtigen Schuldner wider seinen Willen die Befreiung durch seinen Gläubiger auch nicht auf dem Umwege einer Novation aufgedrängt wissen will; und, wir können ruhig hinzufügen: er will für diesen Fall (daß nämlich der Schuldner gegenwärtig ist und Widerspruch erhebt) auch nicht die Befreiung auf dem Wege zulassen, daß der Gläubiger einen Dritten dazwischenschiebt, um mit diesem den nach der Natur der Schuld zur förmlichen Tilgung etwa erforderlichen Libralakt vorzunehmen. Die Beschränkung „et praesens est" versteht sich also gerade als Kautel Labeos gegen die sonstige Unbedingtheit seines allgemeinen Satzes. War der Schuldner abwesend, so sollte offenbar durch Untersuchung der Willensfrage die Befreiung nicht aufgehalten werden. Die Zustimmung des Schuldners, der an seiner Befreiung, wie normalerweise, ein Interesse hat — vor allem an der Zahlung der fälligen Schuld durch einen Dritten —, ist ja in der Regel selbstverständlich, der negotiorum gestor gewöhnlich ein guter Freund des Geschäftsherrn; und wenn der negotiorum gestor ausnahmsweise gegen das Interesse des Schuldners handelt, so riskiert er seinen Erstattungsanspruch: s. die zweite bereits in Bezug genommene Labeonische Stelle, D. 3, 5, 42/43.

Es bleibt nun nur noch das Verhältnis der obengenannten späteren Stellen zu Labeos Ausspruch und seiner Erweiterung durch Paulus in D. 46, 3, 91 zu erörtern. Sie betreffen, wie gesagt, sämtlich den Fall, daß nicht der Gläubiger einen Dritten unterschiebt, um den gegenwärtigen Schuldner wider seinen Willen zu befreien, sondern wo der Dritte spontan eintritt; und zwar um durch Zahlung (in je einem Falle auch durch expromissio und iudicium accipiendo) den Schuldner zu lösen. Dabei wird zum Ausdruck gebracht, daß es auf seine Kenntnis und auf seine Geneigtheit nicht ankommt (Befreiung auch „inviti et ignorantis"); der Fall persönlichen Widerspruchs wird nicht berücksichtigt.

Daß auch hier die Maxime „invito beneficium non datur" Schwierigkeiten bereitet hat, können wir daraus erschließen, daß das Bedürfnis nach einer die Ausweichung rechtfertigenden Regel in der Begründung mehrfach hervortritt: Sie findet sich in doppelter Wendung bei Gaius D. 3, 5, 38/39 „naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse" und D. 46, 3, 53 „cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere". Ob hierbei der Gesichtspunkt eingewirkt hat, daß bei Zahlung durch einen Dritten für den debitor invitus auch der Gläubiger einen Vorteil hat, während dort, wo der Gläubiger den Schuldner wider seinen Willen durch einen Strohmann befreien will, solche Rücksicht nicht mitspielt, kann dahingestellt bleiben. Der Inhalt von Gaius' Begründung weist jedenfalls nicht darauf hin. So spricht mehr dafür, daß die spätere Zeit aus Opportunitätsgründen jene auf dem Stolz der Selbstbestimmung beruhende Regel durchbricht. Damit würde im Einklang stehen, daß gerade auch Labeos Fall in D. 46, 3, 91 sich durch Paulus eine Ausnahme in der angedeuteten Richtung gefallen lassen muß.

Beachtenswert ist, daß es gerade zwei Juristen der Sabinianischen Schule sind (Gaius und Pomponius), die über den seiner Befreiung entgegenstehenden Willen des Schuldners als erste leicht hinwegschreiten. Die weit höhere Beachtung, welche das Willenselement bei Labeo und seiner Schule findet, ist demgegenüber typisch. (Vgl. z. B. D. 3, 5, 5, 5. 8. D. 3, 5, 9, 1, ferner die Begründung des constitutum possessorium durch Celsus. — Dagegen heißt es von Sabinus, daß er „potius substantiam intuetur quam opinionem". Vgl. auch die verschiedene Stellung der Schulen in der Lehre vom Erwerb des Vindikationslegats.) —

Auf den Versuch, innerhalb des Systems der Pithana die Lehre ausfindig zu machen, bei der Labeo unsern Fall behandelt hat, wird man wohl verzichten müssen. Die neueren Versuche reizen nicht zur Nachahmung. Manenti legt seiner Hypothese einen solchen Wert bei, daß er darauf gestützt die Inskription ändern will, um D. 46, 3, 91 mit einer andern über Akzeptilation handelnden Stelle aus den Pithana (D. 46, 4, 23) in demselben Buche unterbringen zu können (a. a. O. S. 38). Ja, er behauptet kühn, daß beide Stellen im Originalwerk sich „molto vicini frac di loro come facenti parte di una stessa trattazione" befanden

und will dies als weiteres beachtliches Moment für die Richtigkeit seiner Deutung gewürdigt wissen. Ganz abgesehen davon, daß Lenels Bemerkung in seiner Palingenesie (s. oben), es träten mehrfach dieselben Lehren in verschiedenen Büchern auf, durch den Augenschein ohne weiteres bestätigt wird, steht Manentis Hypothese keineswegs auf so sicheren Füßen, daß man ihretwegen der Überlieferung entgegentreten könnte; sie wird in dem Augenblicke haltlos, wo man die behauptete Beschränkung Labeos auf die Erörterung der Akzeptilation und den damit zusammenhängenden formalen Gesichtspunkt als unrichtig erkennt.

Steiner will unter Polemik gegen meine in der „Erfüllung" vermutungsweise gegebene Deutung die Stelle auf eine Judikatschuld beziehen. Das unterscheidet sich von der Meinung, die ich dort aufgestellt und begründet habe, nur dadurch, daß er dem einen der zu Labeos Zeit noch praktischen Fälle libraler Tilgung (des Damnationslegats) einen andern (Judikatsschuld) substituiert. Aber allerdings tut er das von selbständigem Ausgangspunkt aus. Er geht nämlich, wie von einer feststehenden Tatsache, von dem Satze aus, daß die Fälle, da manus iniectio zulässig war, und die Fälle, da nexi liberatio Anwendung fand, sich ursprünglich gedeckt hätten (S. 23) und glaubt meine Ansicht ohne weiteres damit zu widerlegen, daß zu Labeos Zeiten das Damnationslegat die Exekutivkraft bereits eingebüßt habe (S. 25 Note 3). Weshalb infolgedessen meine Ansicht „nicht richtig sein kann", will mir nicht einleuchten. Abgesehen davon, daß die Prämisse, von der Steiner ausgeht, bekanntlich stark umstritten ist — glaubt Steiner etwa, daß beide Momente auch im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung so eng verknüpft geblieben seien, daß in dem Augenblicke, wo ein Akt die Exekutivkraft verlor, eine Lockerung der Form eingetreten sei in dem Sinne, daß nunmehr die nexi liberatio zur solennen Tilgung nicht mehr erforderlich gewesen sei? Ebensowenig treffen seine sonstigen Bemerkungen in dieser Frage gegen mich zu. Auch berücksichtigt er nicht die sachliche Parallele, die zwischen der von mir angeführten Cicerostelle und D. 46, 3, 91 besteht: In beiden handelt es sich um den Grad der Zugänglichkeit rechtsgeschäftlicher Schleichwege. Auch Steiner will übrigens, insofern nicht anders als Manenti, ein entscheidendes Argument aus der Stellung des Fragments im Systeme der Pithana ziehen. Aber nach ihm gehört es zusammen mit D. 23, 3, 84 in die Lehre vom Judikat. — Das ist zwar möglich, aber nicht sicher, oder auch nur überwiegend wahrscheinlich. Bei dem jedenfalls sehr lockeren systematischen Gefüge der Pithana ist die von mir dargelegte Fülle möglicher Anknüpfungspunkte besonders zu berücksichtigen. Beispielsweise dürfte die Annahme, daß die Stelle aus dem Titel „de donationibus" entnommen sei, keinen geringeren Wahrscheinlichkeitswert haben; denn diese Rubrik stand, s. Lenel Sabinussystem S. 87, dort in enger Verbindung mit der Lehre vom Eigentumserwerb, zu der der Großteil der dem VI. Buche der Pithana entstammenden Stellen gehört. Und es ist bemerkenswert, daß gerade in der Lehre, welche

nach der von mir in der „Erfüllung“ gegebenen Darlegung interessante Beziehungen zu der von Labeo berührten Frage aufweist, neben dem Vermächtnis auch die Schenkung erörtert wird (Cicero de legibus II, 19, 50). Alle diese Anknüpfungen aber sind zu unsicher, als daß man ihnen Entscheidendes für die Auslegung entnehmen könnte. Man muß daher mit dem Sicheren, wenn auch innerhalb weiterer Grenzen, sich bescheiden. —

Hält man den gewonnenen Gedankengehalt mit den sonstigen rechtsgeschichtlichen Zeugnissen über die Drittleistung zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Die wirksame solutio seitens eines Dritten ist von Anbeginn der römischen Rechtsentwicklung an in weitem Umfange zulässig gewesen, durchaus im Einklang mit der Uridee der Solution, wonach sie sich als formalisierter Lösungsakt der in der Obligation liegenden Haftung darstellt. (Vgl. meine Erfüllung §§ 1 und 2, S. 1—33.) Während Mitteis bei der kritischen Besprechung meiner Schrift (Bd. 30 dieser Zeitschrift S. 440) noch Bedenken sowohl gegen den inneren Zusammenhang der Drittleistung mit dem Haftungsgedanken, als auch dagegen geäußert hat, daß die Lösung durch Dritte in der älteren Periode ohne weiteres erfolgen konnte, geht die neuere Literatur (vgl. das Referat Koschakers Bd. 37 dieser Zeitschrift S. 348f.) weit über meine Annahme hinaus; sie hält es für ausgemacht, daß die solutio als Haftungslösung ursprünglich überhaupt ausschließlich Drittzahlung gewesen sei (vgl. besonders S. 353 a. a. O.). Dies läßt sich m. E. nicht erweisen. Die für die historische Zeit zur Verfügung stehenden Quellen ergeben entschieden, daß die Auffassung der Drittzahlung als der solutio wesensgleichen Aktes durch das Vorwiegen des Haftungselements im ursprünglichen Obligationsbegriff vermittelt wird. Daß aber der Schuldner in der Urzeit nur durch einen Dritten habe gelöst werden können, ist eine reine Hypothese, die weder in den Sätzen des alten Exekutionsrechts, noch in der wahrscheinlichen Gestaltung des Nexum irgendeinen Anhalt findet, während ihr die erhaltene Formel der nexi liberatio sogar entgegensteht. Vor allem wenn das Nexum, wie ich in eingehender Darstellung zu zeigen versucht habe, nicht auf Selbstmanzipation beruht, ist gar kein Grund vorhanden, dem durch Nexum Verhafteten nicht auch die Selbstlösung zuzusprechen (vgl. besonders Bd. 29 dieser Zeitschrift S. 256f., 244f.). Ich kann daher der neueren Literatur gegenüber auf meine Abwägung der Quellenaussprüche im § 2 meiner Erfüllung verweisen.

Die Labeostelle zeigt nun, daß um die Zeit des beginnenden Prinzipats wohl im Zusammenhange mit herrschenden philosophischen Anschauungen die Neigung hervortrat, die Befreiung des Schuldners bei seinem Widerspruch einer Einschränkung in der oben erörterten Richtung zu unterwerfen. Auch formale Rücksichten (s. S. 20 meiner Erfüllung) mögen hierbei mitgesprochen haben. Gegen die klassische Zeit hin setzt, wie es scheint unter sabinianischem Einfluß, eine neue Richtung auf Ausdehnung der Wirksamkeit der Drittleistung ein.

Zum Schluß ein Wort pro domo.

In meiner „Erfüllung“ (§§ 1 und 2 S. 1—33) habe ich zuerst in der deutschen Literatur eine quellenmäßige zusammenhängende Auseinandersetzung über die Beziehungen, die zwischen der Grundauffassung der Obligation und der Gestaltung des Obligationstilgungsaktes bestehen, gegeben. Wenn nun Koschaker in seiner Rezension von Steiners „Datio in solutum“ in dieser Zeitschrift Bd. 37 S. 352 bemerkt, ich hätte den Gedanken, den „schon vor Jahren Perozzi (Obbligazioni 66) ausgesprochen habe (daß nämlich solutio ursprünglich Haftungslösung war und erst später zur Erfüllung, d. h. zur Leistung des Schuldinhalts wurde), aufgenommen“; so muß ich mich gegen diese Auffassung, die, vor allem in ihrem Zusammenhang, kaum anders zu deuten ist, als daß mir Perozzis Ausführungen bekannt gewesen seien, verwahren. Wieweit etwa eine Übereinstimmung in den herangezogenen Quellen und in ihrer Behandlung Koschakers Ausdruck zur Stütze dienen könnte, vermag ich im Augenblick nicht zu beurteilen, da ich mir Perozzis Buch bei den jetzigen Zeitläuften im Augenblick nicht verschaffen konnte. (Es ist weder auf der Innsbrucker, noch auf der Wiener Universitätsbibliothek vorhanden.) Soviel ich sehe, zitieren weder Marchi, Storia e concetto della obbligazione romana (1912) noch Steiner, Datio in solutum (1914) das genannte Werk Perozzis für den in Rede stehenden Gedanken. Zum Glück habe ich ein klares Zeugnis dafür, daß mir die fundamentale Bedeutung des Gegensatzes zwischen der auf ethischem Grunde ruhenden Verpflichtung des Schuldners und der auf dem Zwangsmoment aufgebauten Haftung für die juristische Erfassung der Obligationstilgungsgründe schon längst vor Perozzis 1903 herausgekommener Schrift geläufig war: Derselbe Gesichtspunkt ist von mir nämlich bereits in meiner 1899 erschienenen Schrift über die Theorie der Konfusion verwertet worden (S. 37/38 daselbst). Wenn ich also dem: „Post hoc ergo propter hoc“ huldigte, so könnte ich behaupten, daß Perozzi die schon vor Jahren von mir geäußerte Idee von der durchgreifenden Bedeutung des Gegensatzes von Schuld und Haftung für die Lehre von den Obligationstilgungsgründen „aufgenommen“ habe. Aber ich bin nicht so stolz. Nur auf den Umstand möchte ich hinweisen, daß die deutsche Wissenschaft unter Führung von Brinz und Amira es gewesen ist, welche die maßgebende Bedeutung der Haftung hervorgehoben hat, und daß in diesem Augenblicke für den wissenschaftlich Denkenden das Problem hervortrat, sich mit dem Gegensatz von Schuld und Haftung historisch und dogmatisch abzufinden. So habe ich mich nicht von Perozzi anregen lassen und er sich nicht von mir, sondern beide haben wir weitergebaut auf der Grundlage, die der Geist deutscher Wissenschaft gelegt hat.

Innsbruck, den 31. Jänner 1917.

P. Kretschmar.

Zu meinem lebhaften Bedauern sehe ich, daß dem vom Herrn Einsender beanstandeten Ausdruck ein Sinn unterlegt werden kann, der mir vollständig ferne lag. Ich wollte an der angezogenen Stelle

lediglich zum Ausdruck bringen, daß der Gedanke, die solutio sei ursprünglich Haftungslösung gewesen und erst später zur Erfüllung, d. h. zur Leistung des Schuldinhalts geworden, von Perozzi gelegentlich ausgesprochen, von Kretschmar in einem Buche weiter ausgeführt worden sei. Die Frage der Priorität lag außerhalb meines Gesichtskreises. Hätte ich sie in Erwägung gezogen, so würde ich die Originalität des Gedankens bei Kretschmar ebensowenig bezweifelt haben als ich heute, nachdem ich erfahre, daß Kretschmar auf die Bedeutung des obigen Gegensatzes für die Lehre von der Obligationstilgung bereits früher hingewiesen hat, eine Abhängigkeit Perozzis behaupten würde. Es ist nur ein erfreuliches Argument für die Richtigkeit eines Gedankens, wenn er von verschiedenen Forschern unabhängig voneinander erfaßt wird.

Leipzig. P. Koschaker.

[**Zu** *κληρονόμος διάδοχος διακάτοχος.*] In dieser in den Papyri und sonst mehrfach begegnenden Formel wird von den einen *κληρονόμος* als der testamentarische, *διάδοχος* als der gesetzliche Erbe, *διακάτοχος* als der bonorum possessor verstanden, während andere die Termini als im wesentlichen synonym behandeln. Literatur zuletzt Pap. Monac. 1, 38 S. 34f.; erg. zur Auffassung „*διάδοχος* = gesetzlicher Erbe“ Bruck, Schenkung auf den Todesfall I, 100[6], während Arangio-Ruiz, Success. testam. 65ff. 66f.[3] sich ablehnend gegenüber genauer Präzisierung verhält. Ich habe Monac. l. c. zwischen der Annahme eines Bedeutungswandels in dem Sinne, daß die scharfe begriffliche Abgrenzung allmählich sich abgeschliffen habe, und der Annahme, daß neben dem präzisen auch noch der ungenauere Sprachgebrauch bestanden habe, geschwankt und bei den Übersetzungen zwar den genaueren Sprachgebrauch zugrunde gelegt, doch auch hier Zweifeln Raum gelassen. Die Frage entscheidet sich nun für den Sprachgebrauch der Zeit nach den Institutionen Justinians durch die Institutionenparaphrase der Theophilus[1]), einen Text, der bisher in diesem Zusammenhange m. W. nicht beachtet worden ist. Es wird da nämlich 2, 10, 1 p. 155 l. 23—25[2]) der familiae emtor unmittelbar hintereinander einmal als *κληρονόμος*, das andere Mal als *διάδοχος* bezeichnet: *ἐπειδὴ γὰρ ὁ* familiémptωr *αὐτὸς ἦν καὶ κληρονόμος καὶ ἐντεῦθεν δὴ λοιπὸν γινώσκων, ὅτι αὐτὸς ἔσται ὁ διάδοχος κτλ.* Danach ist wenigstens für die nachjustinianische Zeit in der Juristensprache zwischen *κληρονόμος* und *διάδοχος* nicht unterschieden, beides vielmehr für „Erbe“ schlechthin verwendet worden. Damit muß wohl auch im Münchener Text, der aus d. J. 574 stammt, das Wortpaar *κληρονόμος διάδοχος* als Tautologie für „Erbe“ etwa mit „Erbe und Rechtsnachfolger“ wiedergegeben werden. Ob *διακάτοχος* noch in dieser Zeit mit bonorum

---

[1]) Vgl. Zachariae, Sav. Z. 10, 257f. Übrigens kann die Frage der Autorschaft des Theophilus hier auf sich beruhen. Darüber Krüger, Quellen[2] 409f.

[2]) Ed. Ferrini. Vgl. auch l. 29.

possessor wiederzugeben ist, mag dahinstehen, ist aber sachlich belanglos. Mon. 13 (Jahr 594) Z. 47 aber ist *καὶ κληρονόμοις διαδόχοις καταλιμπάνειν* ebenfalls ohne Einschaltung von *καί* (vgl. a. a. O. S. 35) als Tautologie zu verstehen.

München. L. Wenger.

[Über die Quellen der Institutionen Justinians.] Eine gegenwärtig verbreitete Lehre zerlegt das Quellenmaterial, woraus Tribonian, Theophilos und Dorotheos die Institutionen gefertigt haben, in zwei von der genannten Redaktionskommission angeblich prinzipiell unterschiedlich behandelte Massen. Nämlich einmal in Auszüge aus den Institutionenwerken und institutionenartigen Schriften der klassischen Juristen. Diese haben, so wird behauptet, die Redaktoren den Originaltexten unmittelbar entnommen. Die andere Gruppe sollen sämtliche übrigen, nichtinstitutionenartigen Klassikerwerken entlehnten Exzerpte bilden, die jedoch von den Orginalen keineswegs mehr direkt herzuleiten, sondern lediglich Kopien der ähnlich- oder gleichlautenden Digestenversionen seien.[1]) Was nun solche in allen wesentlichen Punkten übereinstimmenden und zugleich offenbar unklassischen Institutionen- und Digestenversionen betrifft, so ergibt sich für die Interpolationenforschung als Konsequenz jener Theorie, daß nur die aus Institutionencharakter besitzenden Klassikerwerken herrührenden Institutionen und Digesten gemeinsamen Texte u. U. bereits vor Justinian verändert worden sind, während Übereinstimmung unechter Institutionen- und Digestenversionen, sofern sie nichtinstitutionenartigen Quellen entstammen, als ein durchaus untaugliches Kriterium vorjustinianischer Überarbeitung erscheint. Ich habe jüngst in meiner Schrift über die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarrezeption 38 ff. bereits Anlaß gefunden, kurz gegen die eingangs skizzierte Ansicht Stellung zu nehmen. Jetzt soll sie einmal ausführlicher auf ihre Stichhaltigkeit geprüft werden.

1. Schon die Grenzscheidung zwischen institutionenartigen und nichtinstitutionenartigen Klassikerquellen führt von vornherein zu Unstimmigkeiten. Denn an sich hindert gar nichts, auf den von Ferrini und Krüger betretenen Pfaden[2]) fortschreitend, etwa auf Grund von I. 4, 1, 3/D. 47, 2, 2 (Gai. 13 ed.)/Gai. III 183 zu behaupten, die Anklänge der Institutionen an Digestenauszüge aus den Ediktskommentaren des Gaius, Paulus und Ulpian, den Libri ad Sabinum von Pompon und Ulpian sowie aus einigen weniger beträchtlichen Arbeiten der aufgezählten Juristen nebst dem Callistratus seien samt und sonders einfach auch nichts weiter als Zitate von Parallelstellen der Institutionen

---

[1]) Vgl. z. B. Ferrini, Rend. Ist. Lomb. 22 (1889) 826 ff., Bull. 13, 105 ff., Krüger, Rechtsquellen [2] 386, v. Kotz-Dobrž, R. E. Art. Institutionen Sp. 1578 ff., Schulz, Einführung 50 ff.

[2]) Zwar weichen dabei die beiden Gelehrten im einzelnen nicht unerheblich voneinander ab.

bzw. Res cottidianae, Regulae usw. dieser Klassiker. Allein auch dann verbleiben noch immer Zitate, die sich nach diesem übrigens nicht unbedenklichen Verfahren kaum umdeuten ließen.[1])

2. Dazu kommt, daß jene Anschauung von einem besonderen Verhalten der Institutionenredaktoren gegenüber Quellen, die nicht zur Gattung der Institutionen zu rechnen sind, geradezu ungerechtfertigt erscheint. Aus C. Tanta § 11 / C. Imperatoriam § 6 / C. Omnem § 2 vernehmen wir, daß die Institutionenkommission ihre Vorarbeiten in einem eigenen, von demjenigen der Digestenkompilatoren getrennten Bureau betrieben und daß sie sich die Stoffe „sozusagen aus dem gesamten Bestand an alten Institutionenwerken, namentlich aus den Institutionen und Res cottidianae des Gaius, nebst vielen anderen Abhandlungen gesammelt" habe.[2]) In der Tat finden sich unter den ziemlich häufigen Zitaten nichtinstitutionenartiger Literatur gelegentlich sogar Stellen, die gar nicht aus den Digesten bezogen sein können [3]) Daraus folgt m. E. mit Wahrscheinlichkeit, daß sämtlichen Institutionentexten, nicht nur den aus Quellen mit Institutionencharakter geschöpften Stellen, Originale zugrunde gelegt sind. Vergegenwärtigt man sich zudem, daß während der Abfassung der Institutionen die Kompilation der Digesten bereits wesentlich abgeschlossen [4]) und die Materialien im Interesse der bevorstehenden Buchausgabe gerade vollauf in Anspruch genommen waren, so erscheint es so gut wie ausgeschlossen, daß zur Herstellung der Institutionen auch nur teilweise dieselben Handschriften hätten benützt werden können, die soeben bei der Zusammenarbeitung und nunmehr zur Herausgabe der Digesten Verwendung fanden.

3. Damit soll nun aber keineswegs gesagt sein, daß die eigenen Interpolationen der Kompilatoren nicht sogleich tunlichst in allen verfügbaren Handschriften hätten eingetragen werden können und nicht mithin auch bereits in denjenigen Manuskripten standen, die jetzt der Institutionenausgabe zur Grundlage dienten. Vielmehr will ich auf die obigen Ausführungen lediglich meine Meinung gründen, wonach die den Institutionen und Digesten gemeinsamen Textänderungen, sofern sie sich nicht als Embleme Tribonians ausweisen, m. Dafürhaltens ohne Unterschied sämtlich von älteren Glossemen oder Scholien abzuleiten sind.[5]) So habe ich in m. zit. Arbeit S. 36ff. u. a. aus dem

---

[1]) I. 4, 6 pr. / D. 44, 7, 51 (Celsus 3 dig.), I. 2, 4 pr. / D. 7, 1, 2 (Celsus 18 dig.), I. 2, 15, 4 / D. 28, 5, 42 (Pomp. 12. var. lect.). Die Digesten des Celsus und die Variae lectiones des Pompon gehören übrigens zur Ediktsmasse, während die Institutionenwerke usw. alle zur Sabinusmasse stehen.

[2]) § 6 verbietet, z. B. mit v. Kotz-Dobrž 1581, die Bemerkung des § 11 über die „libri . . . separatim collecti" nur auf die Quellen von Institutionenart zu beziehen und darauf die Lehre von den beiden Massen zu gründen.

[3]) Vgl. darüber weiter unten bei Ziffer 4 und meine zit. Arbeit 39 n. 27.

[4]) So m. Recht z. B. Ferrini, Bull. 13, 105/6, Krüger 368, v. Kotz-Dobrž 1572, Schulz 50 n. 2 gegen Bluhme, ZGR. 4, 374/5, Karlowa, RG. 1, 1015.

[5]) Der hier vertretenen Anschauung kommen nahe eine Äußerung Kalbs, Arch. f. lat. Lexikogr. 8 (1893) 293ff., wonach die Institutionenredak-

Umstande, daß jene bekannten pfandrechtlichen Distinktionen, da sie jedenfalls nicht mehr als Produkt der Rechtsanschauung Tribonians gelten können, gleichermaßen in Digesten und Institutionen überliefert sind, ihre Herkunft aus der älteren byzantinischen Schulwissenschaft erschlossen. Dort habe ich auch auf ein Moment aufmerksam gemacht, das, von den Anhängern der bekämpften Auffassung, soweit ich sehe, sozusagen gänzlich außer acht gelassen, die hier vertretene Ansicht, wonach der Institutionenausgabe andere Handschriften der klassischen Orginale zugrunde liegen als den Digesten, in hervorragender Weise zu stützen geeignet erscheinen kann: nämlich die geringfügigen formalen Verschiedenheiten zwischen den wesentlich übereinstimmenden Institutionen- und Digestentexten. Soweit sie also in offenbar unklassischen Textpartien auftreten, sind diese unbedeutenden Diskrepanzen für unsere Beweisführung von besonderem Wert und näher zu untersuchen.

Um sogleich mit einem wahrhaft bedeutenden Beispiel zu beginnen, so verdient erhebliches Interesse die Beobachtung, daß sich der im Hinblick auf die bei der Einteilung der Obligationen gelegentlich beliebten Klassen o. quasi ex contractu und o. quasi ex delicto schon mehrfach geäußerte Verdacht vorjustinianischer Abstammung[1]), wenn man die Texte I. 3, 27 §§ 1. 2. 5. 6; 4, 5 pr. §§ 1—3 und D. 44, 7, 5 unter dem Gesichtspunkte der handschriftlichen Abweichung vergleicht, durchaus bestätigt. Während hier jedoch der gemeinsame Text aus den Libri aureorum gezogen ist, sollen als weitere Beispiele solcher vorjustinianischen Überarbeitungen nunmehr nur noch eine Auswahl der hauptsächlichsten Parallelstellen aus nichtinstitutionenartigen Werken vorgelegt werden; ist es uns doch vornehmlich darum zu tun, deren Bedeutung für die Interpolationenforschung ins rechte Licht zu setzen. I. 1, 26, 2/D. 26, 10, 1, 5: Der Passus dummodo (modo ut, D.) meminerimus famae patroni (patrono, D.) parcendum wird gegen Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien 30 Anm. 15, mit Berger, SZ. 35, 45 Anm. 3 für älter als Justinian erwiesen. Die Definition des Nießbrauchs I. 2, 4 pr./D. 7, 1, 1. 2, falls überhaupt unecht[2]), ist jedenfalls kein Emblem Tribonians[3]); das nämliche gilt von I. 4, 6 pr./D. 44, 7, 51, einer Begriffsbestimmung des Ausdrucks actio.[4]) I. 2, 19, 4/D. 28, 1, 16 pr.: Die von Gradenwitz,

---

toren wenigstens bisweilen auf die erreichbaren Originale unmittelbar zurückgegriffen hätten, sowie selbst eine frühere Erwägung Schulz', SZ. 32, 49; vgl. noch Berger, SZ. 35, 46 zu Anm. 1.

[1]) Vgl. besonders Peters, Digestenkommentare 95, Rhein. Ztschr. 8, S. 14. Berger, Krit. Viertelj. Schr. 1912, 437 f., Partsch, Neg. gest. 1, 38 Anm. 1, Schulz 51 und endlich meine zit. Arbeit 69 Anm. 72.

[2]) So Pampaloni, Riv. it. 49, 279 Anm. 6, Riccobono, Leg. d'ist. di dir. rom. (1907) 378, Di Marzo, St. Fadda 1, 141 f., a. M. Rabel, Grundzüge 450.

[3]) Vgl. über interpolierte Definitionen Peters, Digestenk. 95.

[4]) Die Stelle wird beanstandet von Leonhard, Z. f. deutschen Zivilprozeß 15 (1890) 335, Bortolucci, Actio utilis 20 Anm. 1, Perozzi,

SZ. 26, 359 f. beanstandete Konstruktion „licet enim ... attamen . . .“ scheint auch nicht erst von den Kompilatoren gehandhabt worden zu sein. Die „formell und sachlich gleich unbeholfene Begründung“ des Satzes alteri stipulari nemo potest I. 3, 19, 19/D. 45, 1, 38, 17[1]) sowohl als der „in einem unerhörten Latein geschriebene Schlußsatz“ in I. 4, 2, 2/D. 47, 8, 2, 22[2]) sind m. E. deutlich als Erzeugnisse der nachklassichen Scholastik ersichtlich; entsprechend der Passus numquam consumit I. 4, 9, 1/D. 50, 17, 130/D. 44, 7, 60, wenn die Interpolationsbehauptung Alibrandis, Opere 1, 200 f. standhält. Der „sehr lehrhaft allgemeine“ Schluß si modo — praestari libertas I. 2, 24, 2/C. 7, 4, 6[3]) entstammt wahrscheinlich ebenfalls schon einer nachklassischen Bearbeitung jenes Reskripts. — Ferner erscheinen die exemplifizierende Wendung hoc est omnibus patere I. 1, 26, 3/D. 26, 10, 6 sowie der Zusatz sedet graece — λαβών I. 3, 29, 1/D. 46, 4, 8, 4[4]) und die Einschränkung si hoc pupillo prodesse existimaverit I. 1, 21, 2/D. 26, 8, 9, 5[5]) als Glosseme wie übrigens gleichfalls noch die den Haussohn und den postumus nebst dem Enkel[6]) sowie endlich den curator[7]) betreffenden Ergänzungen. — Schließlich braucht hinsichtlich anderer, soweit ich sehe, bisher zwar noch kaum angefochtener Parallelstellen, die sich oft in breiten Ausführungen ergeben und allem Anschein nach gelegentlich doch auch mit Paraphrase versetzt sind[8]), die Bemerkung nicht unterdrückt zu werden, daß, wie Ferrini Bull. 13, 138 zu einer der Stellen erklärt, die zwischen den Institutionen- und den Digestenversionen bestehenden Divergenzen jedenfalls von einer Art sind, die den ernsthaften Gedanken an eine direkte Beeinflussung der Institutionentexte durch die Digesten nicht aufkommen läßt.

4. Die Wortführer der entgegengesetzten Meinung glauben, wie gesagt, diese widersprechenden Argumente geflissentlich ignorieren zu sollen, zumal in der Annahme, sie im Keim erstickt zu haben mit dem Hinweis auf Parallelen, die aus sehr disparaten Originalquellen

---

Ist. 2, 31 Anm. 2; vgl. jedoch Wlassak, SZ 33, 90, Anm. 1 und noch Stella Maranca, Celso (1915) 17.

1) Pernice, Labeo 3, 1, 189; vgl. auch Ferrini, Bull. 13, 177, Perozzi, Ist. 2, 272 Anm. 1, Krüger, Dig. ad. h. l.

2) Schulz, SZ. 32, 49 f.

3) Pernice, Labeo 3, 1, 292 f.; vgl. auch Ferrini, Bull. 13, 165, Krüger, Cod. ad h. l.

4) Vgl. Mommsen, Dig. ad h. l., Lenel Ulp. 2957, Ferrini, Bull. 13, 185 Anm. 1, Perozzi, Obbl. 140 n.

5) Ferrini, Bull. 13, 138.

6) I. 1, 14, 5/D. 26, 2, 5. 6; I. 1, 26, 11/D. 26, 10, 2.

7) I. 1, 26 pr./D. 26, 10, 1, 2; vgl. dazu Albertario, SZ. 33, 257. I. eod. § 13/D. eod. l. 8; vgl. dazu Gradenwitz, Grünhuts Ztschr. 18, 341, Albertario, SZ. 33, 252, Berger, SZ. 35, 48.

8) Vgl. namentlich I. 1, 21, 1/D. 26, 8, 9, 3. 4 de auct. tut., I. 1, 22, 1/D. 26, 1, 14 pr. §§ 1. 2 quib. mod. tut. fin., I. 2, 22, 2. 3/D. 35, 2, 73 pr. § 5 de leg. Falc., I. 3, 6 §§ 1—7 / D. 38, 10, 1 §§ 3—7; l. 3 pr. § 1 de grad. cogn. I. 3, 18 §§ 1—4 / D. 45, 1, 5 pr. de div. stip.

zusammengefügt sind [1]): es sei klar, daß die Institutionenredaktoren hier die Digesten einfach ausgeschrieben hätten. Allein dies Urteil trägt dem Umstand keine Rechnung, daß weitaus die meisten der in den Anm. aufgeführten Belegstellen entweder landläufige Schuldefinitionen sind [2]) oder aber zu Materien gehören, die in den älteren byzantinischen Rechtsschulen sowohl als in Justinians neuer Schulordnung eine hervorragende Stellung einnehmen, nämlich zu D. 26, dem *μονόβιβλος* de tutelis [3]), D. 28, dem *μονόβιβλος* de testamentis [3]), dessen erste zwanzig Fragmente nach der Vermutung von Peters, Digestenkommentare 99 schon in einer vorjustinianischen Sammlung die nämliche Ordnung befolgt haben, weiter zu dem kaum minder geläufigen Titel D. 45, 1 de verborum obligationibus [4]) sowie endlich zum Abschnitt über die Delikte, D. 47: Man sollte meinen, es dürfe den mit der Redaktion der Institutionen betrauten Professoren, somit Männern, die als gewiegte Kenner des Rechtsbestandes ihrer Zeit gelten können und die zudem gerade von der Ausarbeitung des Digestensystems herkamen, doch ohne weiteres zuzutrauen sein, daß sie für die Institutionen noch dieselbe Anordnung des Stoffes billigten, die sie soeben in den Digesten durchgeführt hatten, ohne aber dabei, vermöge eben ihrer intimen Sachkenntnis, jemals auf die Digestentexte im einzelnen zurückgreifen zu müssen. Übrigens wären auch, wie weiter oben unter Ziff. 2 bereits erwähnt, die Digesten, weil im Stadium der buchmäßigen Vervielfältigung begriffen, jetzt nicht einmal bequem zugänglich gewesen.

Schließlich besitzen wir zugunsten unserer Auffassung noch eine Reihe Anhaltspunkte unter den parallelen Texten selbst. Das ist die Gegenpartei denn auch gelegentlich anzuerkennen genötigt, wo nämlich, wie in I. 3, 20, 7. 8/D. 46, 1, 8 pr. (Ulp. 47 Sab.) + D. 45, 1, 30 (Ulp. eod.), I. 4, 9 pr. i. f. § 1/D. 9, 1, 1, 10. 3 (Ulp. 18 ed.) + D. 50, 17, 130 (Ulp. eod.), Institutionentexte aus enge zusammengehörigen Originalexzerpten bestehen, die andererseits in den Digesten weit auseinanderliegen.[5]) Darüber hinaus begegnen in den Institutionen Zitate einer Quelle, die nicht zur Institutionengattung paßt, und zwar ohne ein Gegenstück in den Digesten zu finden, ja vollends einer Quelle, die bei

---

[1]) Ferrini, Rend. Ist. Lomb. 22, 833 macht namhaft I. 1, 14, 5/D. 26, 2, 5 (Ulp. 15 Sab.) + l. 6 (Ulp. 39 Sab.), I. 1, 26 pr. §§ 1—3. 11. 13/D. 26, 10, 1 §§ 2—7 (Ulp. 35 ed.) + l. 2 (Ulp. 1 om. trib.) + l, 8 (Ulp. 61 ed.), I. 2, 4 pr./D. 7, 1, 1 (Paul. 3 Vit.) + l. 2 (Cels. 18 dig.), I. 3, 19 §§ 19. 20, 22. 26/D. 45, 1, 38 §§ 17. 20 (Ulp. 49 Sab.) + l. 87 (Paul. 75 ed.) + l. 42 (Pomp. 27 Sab.), I. 3, 29 §§ 1. 2/D. 46, 4, 8, 4 (Ulp. 48 Sab.) + l. 18 (Flor. 8 inst.), I. 4, 1 §§ 1. 3/D. 47, 2, 1 (Paul. 39 ed.) + l. 3 (Ulp. 41 Sab.); vgl. Bull. 13, 106.

[2]) So I. 2, 4 pr./D. 7, 1, l. 2; vgl. darüber weiter oben unter Ziff. 3.

[3]) So heißt dies Buch im 6. Jahrh.; vgl. C. Omnem §§ 1. 3, Heimbach, Man. Bas. 22/23.

[4]) Vgl. C. Tanta/*Δέδωκεν* § 8 i. f.

[5]) Vgl. Ferrini, Rend. Ist. Lomb. 22, 829, Krüger 386 Anm. 3, v. Kotz-Dobrž 1581, Schulz 50 Anm. 4. In den Mem. Ist. Lomb. 1890 Apr. 11 hegt Ferrini die Vermutung, diese Ulpiantexte seien aus einer glossierten Ausgabe der gajanischen Institutionen übernommen; vgl. das. S. 5.

der Kompilation der Digesten überhaupt nicht berücksichtigt zu sein scheint.[1]) Auch zweier Anspielungen auf angebliche Reskripte der Kaiser Severus und Caracalla, die in den Institutionen auftauchen, aber in den entsprechenden Digestenversionen fehlen[2]), mag in diesem Zusammenhange gedacht werden; die Institutionenversionen dürften nämlich insofern den ursprünglichen Formulierungen näher stehen.

Leipzig, Juli 1917. Fr. Ebrard.

---

[1]) I. 3, 19, 17/Paul. Sent. 5, 7, 2, I. 4, 4 pr./Paul. l. sing. et tit. de iniuriis, Coll. 2, 5, 1; vgl. Ferrini, Rend. Ist. Lomb. 22, 827 und meine zit. Schrift 39 Anm. 27. Die Sentenzen des Paulus zeigen bekanntlich nicht Institutionengepräge; sie stehen auch nicht in der Sabinus-, sondern in der Papiniansmasse.

[2]) I. 1, 26, 3. 4/D. 26, 10, 1, 6. 7 (Ulp. 35 ed.), l. 7 pr. (Ulp. 1 om. rib.); vgl. dazu Berger, SZ. 35, 46. 47.

Berichtigung. Auf S. 294 Z. 19 von oben sind die Worte „allerdings — Kaution besteht“ (Z. 22) zu streichen und ist statt dessen zu lesen: „und wenn auch diese Kaution nur für die Ansprüche des Vaters gilt, so ist gegen jene des Asklepiades selbst Tryphon schon durch deren prozessualische Konsumtion gesichert.“

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG BAND 39



HERMANN BÖHLAUS NACHF. / WEIMAR

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

NEUNUNDDREISSIGSTER BAND

LII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR

HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER

1918.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXIX. Bandes.

Romanistische Abteilung.

I.

Culpa.
Culpa lata und culpa levis.

Von

Herrn Professor Dr. Karl Binding
in Freiburg i. Br.

Im Band XXXVIII der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.) S. 263—290 hat Lenel nicht sowohl über „Culpa lata und culpa levis" geschrieben, als die einzelnen Quellenstellen untersucht, in denen diese Ausdrücke vorkommen. Ihn hatte die Tatsache frappiert, daß der Ausdruck culpa levis nur in einer sehr kleinen Zahl von Stellen zur Verwendung gelangt ist. Er untersucht diese Stellen und kommt zu dem Ergebnisse, sie seien alle interpoliert. Dann verstand sich ihm sozusagen von selbst, daß alle Stellen, in denen die culpa lata auftritt, gleichfalls interpoliert sein müssen. So tritt Lenel, wie schon Krüger in der Digestenausgabe[1]), für de Medio ein, der schon möglichst viele von der culpa lata handelnde Stellen, aber noch nicht alle, als interpoliert nachzuweisen bemüht ist, und überbietet ihn noch, indem er das Schuldigverdikt auf alle Stellen mit diesem Ausdrucke erweitert. Er vertritt somit den absolut radikalen Standpunkt Küblers, Utilitätsprinzip S. 20.

Nun hatte ich in den Normen (II S. 716) behauptet, die Fahrlässigkeit heiße in den Quellen nicht culpa schlechthin, sondern culpa levis, und eine culpa lata als deren Unterart zu denken, sei sinnlos. Und da ich auch für die Authentizität einer Anzahl von Stellen mit culpa lata eingetreten

[1]) Vgl. auch dessen Die Interpolationen im justin. Codex (Festgabe für Güterbock) S. 249.

war, so ist Lenels ganze Abhandlung eine Polemik gegen mich geworden. Meiner Gewohnheit getreu werde ich gerne anerkennen, wo sie recht hat. So aber, wie sie gegeben ist, hat sie zweifellos nicht vollständig recht, ja man muß ihr vorwerfen, daß sie einen geradezu präjudiziellen Punkt zu untersuchen unterlassen hat: den Sprachgebrauch über culpa überhaupt.

Auch das hat Lenel hervorzuheben nicht für nötig gefunden, daß meine Stellungnahme zu den Quellen von der seinigen grundsätzlich verschieden sein muß. Ich trat an sie heran, um festzustellen, was aus den Quellen, gerade auch in der Form, die Justinian ihnen gegeben, für das gemeine deutsche Recht bezüglich der culpa lata und der culpa levis zu entnehmen sei.

So steht meine Untersuchung zwar nicht tatsächlich, aber grundsätzlich von der Interpolationsfrage ganz unabhängig, und ich bin heute noch ganz fest davon überzeugt, daß die culpa lata des Corpus juris gar nicht anders aufgefaßt werden kann und darf, als sie von mir aufgefaßt ist.[1]) Allerdings glaube ich, daß diese Auffassung in die klassische Zeit römischer Jurisprudenz zurückreicht. Außer einer Anzahl von Stellen, die ich für echt halte, sprechen mir dafür sehr viele dogmatische Indizien. Lenel hat aber absichtlich jeden dogmatischen Gesichtspunkt von der Hand gewiesen.

I. Culpa. Ich will mit dem anfangen, was Lenel zu tun unterlassen hat. Nach Lenels Auffassung heißt die Fahrlässigkeit in den Quellen culpa schlechthin, denn das levis ist überall „nachklassischer, höchstwahrscheinlich byzantinischer Herkunft“ (S. 270). „Freilich hat der Ausdruck culpa bei ihnen (den Klassikern) nicht immer diese Bedeutung; wir begegnen ihm — darin hat Binding ganz recht — zuweilen in einem weiteren Sinne, wo er jedes Verschulden in sich begreift“ (das.). Demgemäß ist Fahr-

[1]) Die Deutung der lata culpa als *μεγάλη ῥᾳθυμία καὶ ἀμέλεια* in den späteren byzant. Erläuterungen (s. Lenel a. a. O. S. 275) kommt für meine Quellenauslegung gar nicht in Betracht; das Mißverständnis der ursprünglichen Bedeutung der culpa latior gibt mir aber bezüglich der Interpolationsfrage recht viel zu denken.

lässigkeit die Hauptbedeutung, aber auch die gesamte Schuld wird „zuweilen“ culpa genannt, und wo der Ausdruck culpa lata in den Quellen steht, ist er auf grobe Fahrlässigkeit zu deuten.

Diese Auffassung ist unrichtig, und solange die Romanisten an dieser traditionellen Mähr festhalten, werden sie nie über eine völlig verzerrte Auffassung der Arten der Schuld in den römischen Quellen hinauskommen.

1. Die etymologische Erklärung von culpa steht nicht sicher. „Culpa, gleichen Ursprungs mit sculpere, stammverwandt mit incolumis, calumnia, incillare, geht auf die Bedeutung schneiden, verletzen, verstümmeln zurück und heißt ursprünglich Verletzung, Fehler.“ So habe ich mich früher auf Grund der Ausführung von Corssen geäußert[1]), und die Wahrscheinlichkeit dieser Deutung ist für mich als Kriminalisten stets gewachsen. Auch Mommsen[2]) folgt ihr und übersetzt culpa mit „Verfehlung“.

2. Was gerade den Kriminalisten in dieser Deutung bestärken muß, ist die Tatsache, daß das Verbrechen in ältester Zeit nicht nach der Schuld-, sondern nach der Tatseite genannt wird: es ist Friedbruch, ist Verletzung. Und nun ergeben die römischen Quellen, daß culpa — wahrscheinlich durch die ganze römische Zeit — die Bedeutung Verbrechen behalten hat.[3])[4]) Daß die Bezeichnung für

---

[1]) S. Normen II S. 641/2, besonders auch Note 13. — Vaniçek, Etymol. Wörterbuch s. v. culpa (älter colpa), bringt nichts Neues. Er deutet das Wort sicher falsch als „Veranlassung eines Schadens, Schuld“.

[2]) Röm. Strafr. S. 89. Dirksen, Manuale s. v. culpa gibt als erste Bedeutung Labes, vitium, als zweite Noxa, peccatum.

[3]) In dieser Bedeutung gebraucht auch Cicero das Wort culpa. S. Cic. inv. 1, 15: crimen, quod infertur, ab se et ab sua culpa in alium reus removere conatur; Verr. 4, 106: in eo culpa et crimen haerebit. Auch culpam committere kennt Cicero. S. Thes. ling. Lat. IV S. 1296 ff.

[4]) S. Paulus l. 14 § 1 D. de re mil. 49, 16 (vgl. dens. l. 30 § 3 D. ad leg. Aq. 9, 2, wo es vom culpae reus heißt: in eodem crimine est); Sent. IV 12: de nulla culpa confessus; l. 7 D. de incend. 47, 9 (pro modo culpae); l. 12 pr. D. de custodia reor. 48, 3; Constantin in l. 2 C. de cust. reor. 9, 4: (in ea culpa vel crimine deprehensus; Jahr 320). Diese Stelle steht auch Cod. Theodos. c. 1. 9, 1. Ebenso Constantin 326 in c. 2 Cod. Theodos. de custodia reor. 9, 3. Dieselbe Bedeutung hat culpa in c. 11 und c. 16 Cod. Theodos. de poenis IX 40 (Jahr 366 und 398).

Fahrlässigkeit nachträglich auch die für Verbrechen geworden sei, ist ganz undenkbar: denn die Römer kannten kein fahrlässiges Verbrechen.

Für diese wahrscheinlich alteste Bezeichnung spricht auch die häufige Verwendung von culpae reus, d. i. schuldig der culpa verübten Handlung — gerade wie die Quellen vom reus homicidii, adulterii, majestatis reden.[1])

Diese Bedeutung culpa = Verbrechen ist im Corpus juris nicht die überwiegende. Sie muß aber noch in der späteren Kaiserzeit sehr fest gewurzelt gewesen sein. Es ergibt sich das daraus, daß in einem Teil der lateinisch geschriebenen deutschen Volksrechte, besonders der lex Visigothorum[2]), der lex Alamannorum und in den Langobardischen Edikten, aber auch in der lex Salica[3]) und der lex Burgundionum[4]) culpa gradezu die technische Bezeichnung für „Verbrechen" ist.[5])

---

[1]) Gajus gebraucht den Ausdruck in l. 36 D. de R. V. 6, 1; l. 8 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 5 § 6 D. de oblig. 44, 7; Paulus in l. 30 § 3 D. ad leg. Aq. 9, 2; Modestin in l. 14 pr. D. de cust. reor. 48, 3; Justinian gefällt sich in ihm in § 4, 5, 6, 8 I. de leg. Aq. 4, 3. — Beseler, Beiträge zur Kritik II S. 85 meint: „Dieser sonderbare Ausdruck, der, soviel ich ermittelt habe, nur 6mal bei den Klassikern vorkommt, wird überall auf Interpolation beruhen". Weiß man aber, daß culpa die Grundbedeutung „Verbrechen" hat, so verliert der Ausdruck das Auffallende. Außerdem finde ich ihn im Reskript des Alexander Severus aus dem Jahr 224, l. 5 C. de act. pign. 4, 24. Ist er da echt, so besagt er soviel als furti reus. Ich begegne dem Ausdruck auch im Edictum Theodorici (wahrscheinlich vor 507) Cap. CXLIV für: eines Vergehens schuldig. — Die allgemein angefochtene Paulusstelle in l. 45 § 4 D. ad leg. Aq. 9, 2: Qui damni culpam dederint ist m. E. einfach zu übersetzen: wer den Tatbestand des damnum gesetzt hat.

[2]) Diese kennt eine culpa capitalis seu minor (XII 3, 27), ein admittere criminalem culpam (VI 4, 2: Antiqua), eine culpa mortalis (VI 1, 3: Antiqua), eine culpa gravis (s. unten N. 5), eine levis culpa (non levi quisque culpa constringitur II 1, 7; ebenso IV 5, 1). Immer aber bezeichnet das Wort Verbrechen. S. den Index zu Zeumers Ausgabe S. 509.

[3]) S. T. XVII 7; XXIV 5; XXVII 18; XL 3.

[4]) T. VIII 1: Sehr eigentümlich vocari in culpam.

[5]) Die Lex Alam. überschreibt den T. XLIII. De minoribus culpis. Die systematische Lombarda I 37 hat einen besonderen Titel: De culpis servorum. Im Ed. Roth. c. 344 bedeutet culpa geradezu die Buße für die culpa. — Non gravi culpa obnoxius bedeutet in der Lex Vis. IV 5, 1 frei von schwerem Verbrechen.

3. Die weitaus überwiegende Bedeutung von culpa, wenn es allein und nicht im erkennbaren Gegensatz zum dolus malus gebraucht wird, ist im Corpus juris aber die des Verschuldens. Davon, daß culpa dies „zuweilen" bedeute, wie Lenel meint, kann keine Rede sein. Man wird zugeben, daß die Titel ad leg. Aquiliam diejenigen sind, worin von culpa am meisten gehandelt wird. Nun — ganz überwiegend bedeutet culpa auch in ihnen Schuld und nicht Fahrlässigkeit.[1])

4. Nun ist die Entdeckung der Fahrlässigkeit eine sehr späte Tat der römischen Jurisprudenz. Davon, daß sie über die Interpretatio der lex Aquilia zeitig zurückgeht, fehlt jede Spur.[2]) Verbrechen aber hatte es schon lange gegeben. Bedeutet aber culpa Verbrechen und dann übertragen die Verbrechensschuld, so ist es jedenfalls älter als die Fahrlässigkeit selbst. Sicher hat Mitteis ganz recht: „Unzweifelhaft hat es auch eine Zeit gegeben, wo culpa die engere Bedeutung des fahrlässigen Verschuldens überhaupt noch nicht gehabt hat", so noch in der Zeit der XII Tafeln.[3])

Als nun viel später erkannt war, daß sich durch ihr Verschulden allein die fahrlässige Sachbeschädigung von der kasuellen unterscheide, lag es nahe, sie als kulpose der kasuellen gegenüberzustellen, und da für die schwerste Verschuldung der Ausdruck dolus malus feststand, nahm das Wort culpa neben seinen zwei Bedeutungen Verbrechen und Verschuldung noch die dritte Bedeutung als Bezeichnung der neuentdeckten Schuld an.

5. Die Gefahr der Mißdeutung des dreideutigen Ausdrucks konnte nun auf zwei Weisen vermieden werden: ent-

---

[1]) Mit „Schuld" ist das Wort zu übersetzen: l. 5 § 1, 2; l. 6; l. 10; l. 29 § 2, 3 und 4; l. 30 § 3; l. 44; l. 52 § 1 und 3; D. h. t. 9, 2 (hier allerdings sehr allgemein). Ebenso § 3, 4, 5 und 7 I. 4, 3. In § 3 I. ist culpa der höhere Gesamtbegriff für dolus und culpa, den Pernice in der römischen Rechtssprache vermißt. — Als „Fahrlässigkeit" ist das Wort zu deuten in l. 8 pr. § 1; l. 11 pr.; l. 31 D. h. t. Ebenso in § 4, 5, 6, 8 I. 4, 3 (der Ausdruck steht in diesen Stellen mehrfach). — Dolus et (oder aut) culpa steht l. 30 § 3; l. 31, l. 32 pr. D. h. t. und ebenso in § 3 und 14 I. 4, 3.

[2]) Der letzte Band der Normen soll darauf näher eintreten.

[3]) Röm. Privatrecht I S. 322.

weder dadurch, daß die culpa in dieser engeren Bedeutung durch ein Adjektiv gekennzeichnet, etwa culpa levis genannt wurde[1]), oder dadurch, daß man den Ausdruck in der engeren Bedeutung nur da verwandte, wo es den erkennbaren Gegensatz zu der viel schwereren culpa des dolus malus bildete. Die so zahlreichen Stellen, worin durch die Gegensätzlichkeit der culpa gegen den ausdrücklich erwähnten oder vom Schriftsteller erkennbar gedachten dolus malus die Zweideutigkeit ausgeschlossen wird, bleiben hier natürlich beiseite.

6. Bleibt aber culpa in seiner Hauptbedeutung die Bezeichnung der Schuld überhaupt, so versteht sich, daß die Adjektive, die diesem Hauptwort gegeben werden — gravior, magna, lata, levis — sich auf die Grundbedeutung Schuld beziehen. Die leichtere Schuld wiederum in lata und levis einzuteilen — das darf man der klassischen römischen Jurisprudenz nicht zutrauen, mag man es auch jahrhundertelang getan haben. Lenels Annahme — es ist ja die alte falsche traditionelle Annahme der Romanisten —, culpa lata bedeute die schwere Fahrlässigkeit, übersieht — von dem Inhalt der auf die culpa lata bezüglichen Quellenstellen, die diese Annahme ja auch vollständig widerlegen, ganz abgesehen —, daß die Hauptbedeutung von culpa Schuld ist. Und der culpa in ihrer Hauptbedeutung gelten die Beiworte. Der culpae capax ist der Schuldfähige, nicht der Fahrlässigkeitsfähige.[2])

II. Bevor ich nun aber auf Lenels Entdeckung, daß die culpa levis zwar den römischen Quellen eigentümlich, aber in nachklassischer Zeit in diese eingefluscht sei, eingehe, möchte ich als Kriminalist wieder die Frage stellen, ob die römischen Juristen nach Entdeckung der Fahrlässigkeit sich keine Gedanken über die so außerordentlich verschiedene Schwere der Schuld werden gemacht, und wie sie diese

[1]) Dieses Hilfsmittel hat man ja bisher als von den Römern verwendet angenommen.

[2]) Interessant ist aber doch zu sehen, wie die Formel doli capax durchaus überwiegt und die ältere ist. S. die Stellen Normen II S. 649 Note 39.

Gedanken etwa zum Ausdruck gebracht haben? Man darf dabei nicht vergessen, daß für ihr Verbrechensrecht die Fahrlässigkeit nicht in Betracht kam, sie also bei dessen Behandlung kaum Anlaß hatten, ihrer und ihres Schweregegensatzes zum dolus zu gedenken.

Da zeigt sich nun folgendes:

1. Die Quellen betonen mit Recht als merkwürdig, daß gemäß der lex Aquilia dolus et culpa punitur und non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.[1]) Es ist der einzige Deliktstatbestand, für den dies zutrifft.[2]) In ganz unangefochtener Fassung, die mißzuverstehen ein Kunststück — aber ein oft geübtes — ist, bringt dies Ulpian in den Worten zum Ausdruck: In lege Aquilia et levissima culpa venit.[3]) Da das Neue und Auffallende betreffend die Haftung für Sachbeschädigung gerade deren Erstreckung auf die Fahrlässigkeit bildete, können Ulpians Worte nur dahin gedeutet werden, daß hier auch für leichteste Schuld gehaftet werde.[4]) Nach Lenel stellt „der Superlativ klar, daß der Jurist hier nicht von einer technisch sog. culpa levis reden kann" (S. 265). Ich gebe dies ohne weiteres zu, behaupte aber mit der gleichen Bestimmtheit, daß Ulpian die Fahrlässigkeit als levissima culpa bezeichnet, somit als eine Schuld, viel „leichter" als der dolus malus.[5])[6])

2. Der ganze Gegensatz von dolus malus und culpa ist im Sinne der römischen Quellen ein Gegensatz zwischen schwerer und leichter Schuld — also zwischen culpa gravis oder lata und zwischen culpa levis. Wenn die Haftung auf

[1]) Paulus l. 30 § 3 h. t. Vgl. § 3 I. h. t. 4, 3 und Gajus III 211

[2]) Auf das fahrlässige Entweichenlassen Gefangener komme ich gleich.

[3]) L. 44 pr. D. ad leg. Aq. 9, 2.

[4]) Nicht für leichteste Fahrlässigkeit, sondern für leichteste Schuld.

[5]) Es ist also nicht richtig, daß, wie Lenel S. 265 behauptet, diese Stelle für die Anschauungs- und die Sprechweise der röm. Juristen ganz „ausscheidet". Die culpa levissima setzt eine culpa gravior voraus.

[6]) Paulus gibt in l. 226 D. de V. S. 50, 16 diesem selben Gedanken Ausdruck in den Worten magna culpa dolus est. Diese Worte treffen ja auch durchaus zu. Freilich die vorangehenden Worte: magna neglegentia culpa est sind sehr auffallend.

dolus malus beschränkt wird, so bedeutet das, es wird nur für die schwerere Schuld gehaftet. Ihre Erstreckung auf die culpa besagt, daß auch für die leichtere culpa einzustehen sei. Also, die Vorstellung vom Gegensatz zwischen schwerer und leichter Schuld ist den römischen Quellen durchaus geläufig, auch wenn man die Ausdrücke culpa lata und culpa levis ganz beiseite setzt. Vollständig fremd aber ist ihnen der Gegensatz von schwerer und leichter Fahrlässigkeit.

3. In sehr interessanter Stelle, die von der disziplinaren Bestrafung der milites handelt, welche schuldhaft die ihnen anvertrauten Gefangenen haben entweichen lassen[1]), wird bestimmt: Qui si neglegentia amiserint, pro modo culpae vel castigantur vel militiam mutant.[2]) Unter der neglegentia wird hier offenbar die einfache Fahrlässigkeit verstanden, die eine levis persona hat flüchten lassen, aber außerdem auch das Entweichenlassen aus Mitleiden, jenseits welcher voll bewußten Pflichtwidrigkeit, aber aus ehrenhaftem Motiv, erst das fraudulenter dimittere beginnt. So ergeben sich pro modo culpae drei Grade der Verschuldung.

4. Es mag noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Gegensätze von gravior (atrocior) und levior in den Quellen sowohl auf die Kriminalfälle (die facta und die causae) als die Kriminalstrafen zur Anwendung gebracht werden.[3]) Eine ausdrückliche Scheidung der Schuld in eine gravior und eine levior oder in eine lata und eine levis würde damit in vollem Einklange stehen.

III. Wende ich mich jetzt zu Lenels doppeltem Versuch, die culpa levis wie die culpa lata aus den Quellen der klassischen Zeit auszumerzen, so schicke ich eine zweifache Bemerkung vorauf.

1. Behält Lenel mit seinen beiden Versuchen recht, so gestaltet sich nach meiner und nach seiner Auffassung die Konsequenz verschieden. Er entlastet dann die klassi-

---

[1]) L. 14 § 2 D. de custodia reorum (Modestin) 48, 3.

[2]) Das pro modo culpae begegnet auch in dem Reskript Hadrians bei Callistratus l. 12 D. de custodia reor. 48, 3.

[3]) S. etwa l. 11, l. 14, l. 16 § 6 D. de poenis 48, 19.

sche Zeit von dem dogmatisch so jämmerlichen Gegensatze leichter und schwerer Fahrlässigkeit, und insoweit pflichte ich ihm gerne bei. Ich tue dies ja auf meine Weise auch. Da aber die lata culpa nach meiner Auffassung gar nicht zur Fahrlässigkeit gehört, sondern die absolut notwendig gewordene Erweiterung des viel zu engen römischen Dolusgebietes darstellt, so würde nach meiner Auffassung eine außerordentlich große Unvollkommenheit in der Entwicklung des römischen Schuldrechts durch die Beseitigung der culpa lata proxima oder culpa lata aus den Quellen dieser Zeit aufgedeckt werden.

Ich bin auf meine Deutung der römischen culpa lata wesentlich durch die Erkenntnis der strafrechtlichen Insuffizienz des römischen Dolusbegriffes gekommen und habe mir nicht ohne Mühe klargemacht, wie die Römer versucht haben, dem Mangel praktisch wenigstens teilweise beizukommen, wie sie aber außerstande gewesen sind, den einfachen Begriff des rechtswidrigen Vorsatzes zu finden (s. unten s. V).

Wenn alle diese Stellen erst in viel späterer Zeit ihre jetzige Gestalt erhalten haben, so bleibt die Ausbildung des fahrlässigen Delikts bei den Römern immer eine glänzende Leistung, auf dem Gebiet des dolus aber wären sie von der Königszeit und den XII Tafeln bis auf die Kompilatoren keinen Schritt vorwärts gekommen. Und ich leugne nicht, daß mir diese Tatsache, trotz aller Mangelhaftigkeit des römischen Strafrechts, von vornherein höchst unwahrscheinlich ist. Denn das Leben verstanden sie meisterhaft zu beobachten.

2. Es hat Lenel S. 271 darauf aufmerksam gemacht, ich müßte den dolus malus zur lata culpa rechnen, um den logisch richtigen Gegensatz zur levis culpa herauszubekommen.

Ich hege dogmatisch nicht das geringste Bedenken, dies zu tun. Nach Celsus hat schon Nerva gesagt: latiorem culpam dolum esse; und trotz des Proculus Ablehnung tritt Celsus dieser Auffassung bei.[1]) Hadrian in seinem Reskript an Statilius Secundus[2]) bezeichnet den Gegensatz von dolus

[1]) L. 32 D. depos. 16, 3. S. darüber noch unten S. 21.

[2]) S. l. 12 D. de custodia reor. 48, 3.

malus und Fahrlässigkeit mit nimia neglegentia und casus und gebraucht für nimia neglegentia unmittelbar darauf den Ausdruck culpa nimia.[1]) Und Paulus hat ja unbestritten den dolus als magna culpa bezeichnet.[2])

Wenn die Quellen aber nirgends sagen, daß die lata culpa den dolus umfasse, so erkläre ich dies daraus, daß sie ihren festen Dolusbegriff nicht opfern wollten und eines Ausdrucks für die den dolus ergänzenden Schuldformen bedurften. Und wie sie die Fahrlässigkeit einfach als culpa oder culpa levis bezeichnet haben, so stellten sie diese Mittelformen als culpa lata, culpa dolo proxima sowohl der culpa als dem dolus gegenüber.

Stellen Lenel und ich uns also einmal auf den Boden der angeblich interpolierten Quellenfragmente als echter Quellenstellen unsres gemeinen Rechtes, so ziehen wir wieder verschiedene Konsequenzen. Denn nun predigen nach ihm diese Quellen die Lehre von zwei Arten der Fahrlässigkeit: der leichten wie der schweren, nach meiner Überzeugung aber nur eine Art der Fahrlässigkeit und eine notwendige Ergänzung des römischen dolus malus.[3])

3. Wenn nun ein in den römischen Quellen so bewanderter Gelehrter wie Lenel auf die Interpolationenjagd geht, so ist er mir an Ausrüstung weit überlegen. Die genaue Wertung seiner Gründe muß ich seinen gleich gut ausgerüsteten Jagdgenossen überlassen: ich kann nur hervorheben, warum sie mich im einzelnen Falle nicht überzeugen. Ich möchte aber bezüglich dieser Interpolationenjagd, wie ich mich scherzhaft ausgedrückt habe, doch ein Doppeltes geltend machen.

---

[1]) Die Bezeichnungen sind ja sehr seltsam. Mommsen hat, Ztschr. f. R.-Gesch. IX 104 (zitiert von Kalb, Roms Juristen S. 121), von Callistratus gesagt, er sei ein Halbgrieche, „der das Lateinische nur stammelt". Aber Callistratus behauptet a. a. O., diese Worte ständen in Hadrians Reskript. Und Hadrian drückt sich ja manchmal sehr eigenartig aus.

[2]) Falsch, wie Lenel S. 288/9 behauptet, ist diese Bezeichnung zweifellos nicht. Der dolus malus ist in der Tat „große Verschuldung".

[3]) Lenel selbst gibt S. 289/90 den Wert der Zweiteilung grober und leichter Fahrlässigkeit im BGB. vollständig preis. „Denn es gibt kein festes Maß ein für allemal im Verkehr erforderlicher Sorgfalt. Der Verkehr differenziert hier vielmehr schon selber je nach den Rechtsverhältnissen." Diese weise Erkenntnis finde ich schon in den römischen Rechtsquellen.

a) Soweit uns das Original der veränderten Stelle nicht erhalten ist, handelt es sich bei dem Versuch des Interpolationsnachweises stets um einen Indizienbeweis. Dieser kann unter glücklichen Umständen zu historischer Gewißheit führen; aber das Zusammentreffen dieser glücklichen Umstände ist nicht allzuhäufig. Demgegenüber frappiert vielfach das Maß der behaupteten Sicherheit oder „Zweifellosigkeit" der Interpolation. Auch Lenel tut darin des Guten viel zu viel. Fast jede Interpolation, an die er glaubt, ist ihm über allen Zweifel erhaben.[1])

b) Wir Fachgenossen der Romanisten begreifen die Notwendigkeit dieser Interpolationensuche durchaus, stehen aber dem Maß, in dem man uns den festen quellenmäßigen Boden unter den Füßen wegzuziehen versucht, und zu einem Teil auch den Mitteln, womit die Versuche gehandhabt werden, doch nicht ohne großes Mißbehagen und ohne große Skepsis gegenüber.[2]) Und diese wird nicht eher schwinden können, als bis ein bedeutender Kopf eine große Arbeitszeit an die Aufgabe verwandt haben wird, „das Werk Justinians" zu schreiben und uns die Gedankenkreise aufzuweisen, aus denen Tribonian und seine Leute die Anlässe zu ihren Änderungen geschöpft haben. Welche großen Zwecke haben sie denn verfolgt? Wo sind die Arsenale ihrer Gedanken zu suchen? Es kam ihnen doch nicht nur darauf an, „klassischen Stil" zu verderben. Auch bei Lenel habe ich den Nachweis sachlicher Gründe für die von ihm angenommenen Interpolationen vollkommen vermißt: formelle Gründe geben durchweg den Ausschlag.[3])

IV. Die Stellen mit culpa levis. Mit gutem Grund beginnt Lenel (S. 264) ihre Betrachtung mit dem Ausdruck

---

[1]) S. S. 265. 266. 267. 269. 270. 272. 274. 275. 277. 279. 281. 284!

[2]) Selbst Mitteis, Ztschr. f. R.-Gesch. XXXIII (1912) S. 180ff., hat bei aller Anerkennung von Beselers Beiträgen doch der Mißempfindung dieser „herostratischen Arbeitsweise" gegenüber recht energischen Ausdruck gegeben. Bei mir ist dieses Mißbehagen natürlich noch stärker. — Zu vergleichen sind auch die Ausführungen von Ebrard, Zeitschr. für vergleich. Rechtswissensch. XXXVI S. 11ff.

[3]) Lenel spricht von den Byzantinern als Anwalt der Klassiker mit unverhohlenster Verachtung. Unter den Gedanken aber, die er ihnen zuweist (ich den Klassikern), finden sich vortreffliche!

der Verwunderung über „die Seltenheit dieser Wendung in unseren Quellen".[1]) Die Formel wär freilich in der romanistischen Lehre als so feststehend überliefert, daß mir seinerzeit ja gar nicht einfiel, ihre Sicherheit in den Quellen nachzuprüfen.

„Das V.J.R. I col. 1075 verzeichnet, allerdings nicht erschöpfend, für sie nur drei Belege." Von diesen hat Ulpians culpa levissima schon oben ihre Würdigung erhalten. Die zweite Stelle stammt auch von Ulpian und steht l. 47 § 4 D. de legatis I.[2]) In Übereinstimmung mit de Medio und jetzt mit Lenel erkläre auch ich sie für im kritischen Teile interpoliert.[3])

Anders dürfte sich dies mit der dritten verhalten, die in den Digesten unter Modestins Namen steht, die aber Lenel S. 265 als solche des Pomponius anführt. Es heißt da l. 54 § 2 D. de acquir. rer. domin. 41, 1 von dem homo liber bona fide serviens: Sed damnum dando damni injuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tamen[4]) levem quam ab extraneo.

„Wahrscheinlich — meint Lenel S. 266 — ist die ganze Einschränkung der Haftung auf culpa gravior interpoliert; der Schluß von nec tamen oder nec tam ab ist es ganz sicher."

Den Beweis dafür halte ich für mißlungen. Der Gedanke der Haftbeschränkung ist ein durchaus gesunder — der aequitas entsprechender. Die Interpolationen bezüglich der Haftung für culpa entsprechen wohl immer dem Zweck der Erweiterung der Haftung und gerade nicht ihrer Beschränkung. Lenel nimmt den größten Anstoß an dem exigere debeamus. Man könne doch keine Schuld von jemand fordern. Dabei wird übersehen, daß jeder praktische Jurist so spricht: „Soll der oder der haften, so müssen wir von ihm die und die Schuld fordern." Und „was soll überhaupt die ganze ebenso seltsame wie überflüssige Er-

---

[1]) Der Thesaurus linguae Latinae s. v. culpa IV col. 1303 führt weder culpa levis noch culpa lata auf.

[2]) Culpa autem, qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum ea quae levis ist?

[3]) S. Normen II S. 724 N. 25.

[4]) Natürlich ist tam levem zu lesen.

läuterung der culpa gravior?“ fragt Lenel. Ich antworte, sie soll die Haftung beschränken.

Des weiteren wissen wir ja von Ulpian ganz genau, daß er den Gedanken der culpa levis als maßgebend für den Umfang der Haftung bei der actio legis Aquiliae kennt. Das ist ja schon früher klargestellt worden. Es liegt also m. E. in der Tat gar kein Grund vor, l. 54 § 1 D. 41, 1 als interpoliert anzufechten.

Die vierte Stelle ist l. 23 § 3 D. ad SCum Trebell. 36, 1. Sie ist auch nach meiner Überzeugung nicht „vielleicht“ (so sagt Lenel von mir), sondern zweifellos interpoliert.[1])

Der gleiche Beweis für das Ulpianische Fragment in l. 31 § 12 D. de aedil. ed. 21, 1[2]) — freilich handelt es sich hier direkt um culpa lata und nur unausgesprochen um die levis — scheint mir sowohl bei de Medio wie bei Lenel wieder vollständig mißglückt. Es sei höchst auffallend, führen beide aus, daß, nachdem Ulpian in l. 25 § 5 D. h. t. die Haftung nicht nur für dolus, sondern auch für culpa ausgesprochen habe, er die Frage in l. 31 § 12 noch einmal aufgreife. Die Beweiskraft dieses Grundes schätze ich außerordentlich gering. Ulpian war ein flüchtiger Vielschreiber, kein konsequenter Denker, auch nichts weniger als ein glänzender Stilist. Wenn er sich anders ausgedrückt hat, als dies Lenel getan haben würde[3]), so ist mir dies nur ein Grund, gerade an die Echtheit der Ulpianischen Stelle zu glauben.

Damit sind die Digestenstellen über culpa levis für Lenel erschöpft. Es ist aber doch sehr merkwürdig, daß er eine der wichtigsten, für mich weitaus die interessanteste Stelle, noch energischer unter den Tisch fallen läßt, als er dies mit Ulpians culpa levissima getan hat — und dies,

---

[1]) S. Normen II S. 724 N. 25.

[2]) Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti emptor praestitit, debere eum; etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.

[3]) Lenel hätte gesagt: Culpam accipiemus etiam si non adhibuit medicum ut sanari possit, vel malum adhibuit. — Die getadelte Wiederaufnahme der Culpafrage würde aber auch bei dieser Fassung Lenel sich selbst zum Vorwurf machen müssen.

trotzdem diese Stelle von einem wirklich großen Klassiker, der in seiner gedrängten Weise kein Wort umsonst zu schreiben pflegt, herrührt: von Papinian, und trotzdem diese Stelle m. E. ganz unanfechtbar ist.

S. 266 heißt es bei Lenel Note 2: „Außer Betracht lasse ich hier Papinian 5 resp. D. 26, 7, 39, § 6, wo non levis culpa augenscheinlich keine technische Bedeutung hat. Siehe S. 282.“

Papinian besagt hier: Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres ejus postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.[1])

Läßt man einmal den Sinn der Stelle ganz außer Betracht, so geht aus ihr evident hervor, daß auch Papinian in Gedanken der non levis culpa eine lata culpa gegenüberstellt und daß er, wenn er dem tutor eine non levis culpa zurechnet, genau weiß warum.

Und diese Tatsache, daß der tutor nicht in levi culpa versiert, bildet ja nach Papinian den Grund, daß der Erbe des tutor verpflichtet ist, praeteriti temporis periculum praestare.

Mit andern Worten: es stand Papinian in dem Augenblick, als er dies schrieb, klar vor Augen, daß der Erbe des tutor nur für lata culpa und nicht für levis culpa des Vormundes einzustehen hat.[2]) Warum die unberechtigte Weigerung des zum tutor Berufenen, dem Rufe zu folgen, nach römischer Auffassung nicht dolus malus, sondern gerade lata culpa sein muß, darüber wird später ein Wort zu sagen sein (s. unten S. 27 f.).

Aber ganz unmöglich scheint mir Lenels Behauptung, Papinian habe der levis culpa keine technische Bedeutung beigelegt.

Auch auf S. 282 bringt Lenel nicht den geringsten Grund für die Unstichhaltigkeit dieser Stelle, sondern be-

---

[1]) Vgl. dazu meine Ausführung Normen II S. 748 ff.

[2]) Vgl. Hasse, Culpa, 2. Aufl. § 72 und § 75. S. auch v. Keller, Pand. S. 855; Arndts, Pand. § 459; Brinz, Pand. (2. Aufl.) II S. 260 N. 35.

zieht sich nur auf Cujaz, der gesagt habe: non enim puto Papinianum respexisse ad culparum gradus. So hoch ich aber auch Cujaz stelle — auf dem Gebiet der culpa lata ist er sicher nicht autoritativ.[1])

So besitzen wir in Papinian einen der besten Gewährsmänner für die culpa levis. Wir werden ihm noch an anderer Stelle als nicht minder trefflichem Gewährsmann begegnen.

Im Codex findet Lenel die culpa levis nur in zwei „interpolierten Reskripten“: in l. 7 C. arbitrio tutoris 5, 51 und in l. 20 C. de negotiis gestis 2, 18. Bezüglich l. 7 C. 5, 51 gebe ich die Interpolation der so seltsam nachhinkenden culpa levis ohne weiteres zu.[2])[3])

In dem Diokletianischen Reskript (a. 294) aber scheint mir im Gegensatz zu Lenel die Erwähnung der levis culpa ganz unentbehrlich zu sein. Das ganze Reskript ist sehr doktrinär angelegt und hebt, bevor es auf den Tatbestand eingeht, den verschiedenen Umfang der Haftung des tutor und des negotiorum gestor hervor. Es bestimmt die Haftung des ersteren in vollster Übereinstimmung mit andern späten kaiserlichen Reskripten auf dolus tantum und culpa lata; demgemäß bleibt für den lehrhaften Ton nur noch übrig, die weitere Haftung des gestor auch für levis culpa zu betonen.

Aus Lenels Darstellung des Reskripts S. 269 kann niemand sich eine Vorstellung von dessen Inhalt machen, da er den ganzen breitspurigen doktrinären Inhalt verschweigt und sofort mit dem Tatbestand beginnt, dem im Reskript nur die letzten drei Zeilen des Reskriptes (bei Mommsen) gewidmet sind.

Lenel verfällt m. E. auch hier wieder in den Fehler, an dem Reskript Anstoß zu nehmen, weil er es anders —

---

[1]) In Note 2 fragt Lenel, „ob der Begründungssatz echt ist? Rotondi, Bull. 25 § 3 bezweifelt dies nicht ohne Grund“. Aber grundlos wird doch Papinian seine Behauptung schwerlich gelassen haben.

[2]) Normen II S. 724 N. 25 bin ich m. E. bezüglich der lata culpa zu weit gegangen.

[3]) Es bestimmt mich außer der Wortstellung bes. l. 23 D. de R.J. 50, 17, wo die Erweiterung der Geschäfte, wegen deren auch für culpa gehaftet werden soll, von den Worten item dotis datio bis recipit sicher interpoliert ist.

natürlich sicher besser, weil „weniger doktrinär" — gefaßt hätte.

Ebensowenig kann ich die Interpolation für l. 2 C. de magistr. conven. 5, 75[1]) irgendwie als nachgewiesen, ja nur als wahrscheinlich betrachten.[2]) Lenel (S. 269) gibt selbst zu: „Sprachlich ist das Reskript freilich untadelhaft; die Interpolation ergibt sich aber zur Evidenz daraus, daß zwei andere Stellen, die die Haftung des heres magistratus und tutoris betreffen, ganz in der gleichen Weise interpoliert worden sind." Die Stellen sind fr. 4 D. de magistr. 27, 8 und das Reskript Caracallas in c. 1 C. de hered. tutorum 5, 54.

Ich möchte doch darauf hinweisen, daß man sich bei solcher Beweisführung leicht im Kreise dreht. Die Möglichkeit, daß eine Parallelstelle vielleicht als interpoliert betrachtet werden kann, beweist doch nicht, daß die Ausgangsstelle sicher interpoliert ist.

Die l. 2 C. 5, 75 erweckt nur demjenigen Anstoß, der mit Vorurteil gegen die culpa lata an sie herantritt. Wer sich aber überzeugt hat, wie sachlich notwendig im Interesse des Mündels die Erstreckung der Haftung des Erben des magistratus wahrlich nicht auf die grobe Fahrlässigkeit, sondern auf dessen nicht dolose, aber vorsätzliche Pflichtwidrigkeit gewesen ist, wird das non lata culpa in l. 2 kaum entbehrlich finden.

Was nun die Ulpianische l. 4 D. 27, 8[3]) anlangt, so nehme ich natürlich wie de Medio und Lenel an dem doppelten nam Anstoß. Solche Mängel dürften sich aber unendlich häufig als Folge nicht sowohl von Interpolationen, als von Auslassungen und ungeschickter Aneinanderreihung herrührend erklären. In den strafrechtlichen Teilen der Quellen ist mir das oft aufgefallen und eine wichtige Stelle der Art wird mich später noch beschäftigen.

---

[1]) In heredes magistratus, cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari.

[2]) Mit dieser Stelle beginnt in Wahrheit schon die Kritik der Stellen mit culpa lata.

[3]) Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur. nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

Wie de Medio betont auch Lenel den Schluß der Stelle: heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est. Lenel hält das culpae succedaneus „für einen Klassiker ganz unmöglich". Solche Urteile machen mir keinen Eindruck. Meine Meinung über Ulpian als „Klassiker" habe ich schon früher ausgesprochen. Derselbe Klassiker spricht nun in l. 3 § 8 D. de admin. tut. 26, 7 von den tutores, die non patiuntur succedanei esse alieni periculi, die sich also weigern, Rechtsnachfolger in der Haftung eines andern zu werden. Genau von derselben Nachfolge in der Haftung spricht aber Ulpian in l. 4 D. 27, 8, und er scheidet bezüglich des succedere den magistratus, der in omne periculum succedit, und seinen heres, der nur in die Haftung für culpa dolo proxima succedaneus est. Wie soll er sich ausdrücken, wenn er das seltene, aber alte Wort succedaneus liebt und die genaue Beschränkung der Haftung des Erben angeben will?[1])

So halte ich den Interpolationsbeweis für den Schluß der l. 4 D. 27, 6 nicht mehr für geführt.[2]) Das succedaneus culpae hat mich damals irregemacht.

An der letzten Stelle, die Lenel in dieser Verbindung bespricht, weil die in ihr erwähnte lata culpa eine levis culpa als Gegensatz fordert, dem Reskript von Severus und Antoninus (a. 197) in l. 1 C. de hered. tutorum 5, 54 zeigt sich recht deutlich, daß die sachliche Auffassung von der lata culpa, die doch nun einmal unserem gemeinrechtlichen Quellenkreise angehört, auf die Interpolationsfrage unmittelbaren Einfluß übt.

Das „ebenfalls längst als interpoliert erkannte" Reskript[3]) lautet: Heredes tutoris ob neglegentiam, quae non

---

[1]) In Diokletiäns Reskript heißt es c. 10 C. qui dare tutores 5, 34: teque adfuturum damni .... esse succedaneum.

[2]) In den Normen hatte ich die Interpolation angenommen: II S. 724 N. 25. Ich bin inzwischen etwas vorsichtiger geworden. — Mitteis, Röm. Privatrecht S. 329 Note, erklärt angesichts des Reskriptes von Sever oder Antonin in c. 10 C. de procur. 2, 12 die Worte nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur für interpoliert. — Die Note in Krüger Pandekten an dieser Stelle ist nicht richtig. — Auf S. 111 N. 44a hat Mitteis gegen l. 4 D. 27, 8 noch keinen Einwand erhoben.

[3]) Bezug genommen wird auf de Medio, Bull. 18, 270, und Krüger, Festgabe für Güterbock S. 249.

latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitutum sit.

Lenel ist überzeugt, die Stelle habe ursprünglich nur besagt: Heredes tutoris ob neglegentiam condemnari non oportet: alles übrige sei Zusatz. Nun ist ja natürlich der Ausdruck neglegentia, quae non latae culpae comparari possit auffallend und scheint kaum möglich. Aber sowohl Paulus als auch Ulpian gebrauchen den Ausdruck comparare nicht nur für vergleichen, sondern auch für „gleichstellen“.[1]) Faßt man das Wort in dieser Bedeutung — und das wird im Jahre 197 erlaubt sein —, so gibt die Stelle, wie sie steht, einen guten Sinn. Über die Bedeutung der neglegentia wird später noch zu sprechen sein. Die Worte nach dem non oportet sind mir für eine Interpolation zunächst zu kompliziert — besonders die prozessuale Bemerkung. Freilich stimmen sie logisch zum ersten Teil der Stelle nicht, scheinen mir aber Beispiele einer lata culpa geben zu wollen, und dazu würde die Schädigung aus Konnivenz (gratia) passen. Aber auf den letzten Teil der Stelle lege ich kein Gewicht.

Damit sind die Stellen mit culpa levis erledigt. Der Nachweis, sie seien alle interpoliert, ist nach meiner Überzeugung nicht geführt.

Nun habe ich früher behauptet[2]): Fahrlässigkeit heiße bei den Römern „nicht culpa, sondern culpa levis, und eine culpa lata als deren Unterart zu denken, sei logisch Unsinn“.

Ich gebe jetzt ohne weiteres zu, daß die Fahrlässigkeit — von ihren andern Bezeichnungen einmal abgesehen — regelmäßig culpa schlechthin genannt wird, daß dasselbe Wort übrigens in der Bedeutung von Schuld weiter gebraucht wird, daß die culpa als Fahrlässigkeit also culpa im engeren Sinn der leichten Schuld ist, bin aber vor wie nach der Überzeugung, daß auch die klassischen römischen Juristen sie als die leichtere Schuldart — culpa levis — auf-

---

[1]) Paulus l. 32 § 9 D. de receptis 4, 8; Ulp. in l. 152 § 2 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Dirksen, Manuale s. v. comparare § 3 und Heumann-Seckel s. v. comparare.

[2]) Normen II S. 716.

gefaßt, auch wo sie sie nicht als solche ausdrücklich bezeichnet haben, und daß die lata culpa nicht ihre Unterart, sondern ihren Gegensatz bildet.

Die ganze Beweisführung Lenels von der Unechtheit aller Stellen über culpa levis fällt aber zu Boden, wenn nicht auch die Unechtheit aller Stellen über lata culpa und culpa dolo proxima nachgewiesen wird. So befindet sich Lenel in einer eigentümlichen Zwangslage allen diesen Stellen gegenüber. Da es ihm darauf ankommt, gerade die klassische Zeit von der ganzen traditionellen Zweiteilung zu befreien und diese nun den Byzantinern in die Schuhe zu schieben, so muß er jetzt die lata culpa ekrasieren. Damit beginnt Lenel S. 267. Und da ich der einzige unter den Neuern bin, der die Kühnheit hat, die römische culpa lata auf bestimmte Erscheinungen im Schuldgebiet zwischen dem römischen dolus malus und der Fahrlässigkeit zu deuten, ist auch der Rest der Abhandlung lediglich der Polemik gegen mich und gegen de Medio, sofern er nicht alle Stellen über die culpa lata für interpoliert erklärt, gewidmet.

V. Zur Culpa lata. Ich glaube von mir sagen zu dürfen, daß ich mich stets habe gerne belehren lassen und nie aus Eigensinn eine Meinung weiter vertreten habe, als ich von ihr überzeugt war. So bin ich auch ganz vorurteilslos an Lenels Kritik meiner Lehre von der lata culpa herangetreten — jeden Augenblick bereit, sie zu berichtigen.

Ich muß aber ganz offen gestehen, daß Lenels Kritik mich nicht in einem einzigen Punkt überzeugt hat.[1])[2]) Wenn fast zu jeder Stelle wiederholt wird, soweit sie von der culpa lata oder der culpa dolo proxima handelt, ist sie „unzweifel-

---

[1]) Ich wüßte nicht, daß ich je ausgesprochen hätte, ich hielte den Satz: culpa lata dolo aequiparatur für klassisch, wie Lenel S. 264 anführt. Es ist vielleicht auch nicht unnötig hervorzuheben, daß es mir nie in den Sinn gekommen ist, von einem scharf ausgeprägten „Begriff" der culpa lata und von einer ausgeprägten Schuld der lata culpa zu reden: es ist m. E. ein „Schuldgebiet" nahe dem dolus, das die Römer mit dem Ausdruck bezeichnen. S. Normen II S. 717 N. 8. Mir scheint, daß Lenel dem nicht gerecht wird.

[2]) Auch der Gegenbeweis gegen die Echtheit einer von mir in den Normen für echt erklärten Quellenstelle ist mir nirgends überzeugend gewesen.

haft interpoliert", oder wenn „irgendeine Interpolation gewiß ist, so ist es (bei Papinian in l. 24 D. 34, 3) hier die der Worte 'dolo proximum erit', obwohl diese selbst von de Medio nicht angezweifelt werden", so ermangelt dies sicher auf viele Leser des Eindrucks nicht, aber zu diesen Lesern gehöre ich nicht.

Da ich nun unmöglich hier meine ganze Lehre von der culpa lata kritisch verteidigen kann, auch der dauernde Streit um einzelne Stellen auf die Dauer sehr öde wird, will ich erst die Berechtigung meines Standpunktes kurz dogmatisch zu begründen suchen, um dann zu einigen wenigen, aber wichtigen Behauptungen Lenels noch Stellung zu nehmen. Fortgesetzte Talion zu üben liegt mir ganz fern.

Wer der feineren Entwicklung der Schuldbegriffe zu folgen vermag, wozu allerdings eine sehr große Vertrautheit mit dem Schuldgebiet gehört, der kann gar nicht umhin, für die römische Schuldgeschichte die Frage zu stellen, ob den Römern nach ihrer glänzenden Entdeckung und Ausgestaltung des fahrlässigen Delikts nicht die große Lücke zwischen ihrem zugleich unsittlichen wie bewußt rechtswidrigen dolus malus, der immer ein sog. dolus determinatus, d. h. auf einen ganz bestimmten rechtswidrigen Erfolg gerichteter sein mußte, und ihrer Fahrlässigkeit fühlbar geworden, und ob sie gar keinen Versuch gemacht haben, diese spätestens noch in der klassischen Zeit auszufüllen? Man kann die den Römern durch die Geschichte gestellte Aufgabe kurz als die Erweiterung des dolus malus zum rechtswidrigen Vorsatz bezeichnen. Wo bleibt die vorsätzliche Rechtswidrigkeit aus nicht gemeinem Motive, wo bleibt, was wir heute den eventuellen Vorsatz nennen, wo bleibt die dolose Handlung mit fahrlässig herbeigeführtem Erfolge, wo bleibt die Tat des Mutwillens und des Übermutes?

Diesen Historiker der Schuldbegriffe interessiert nun außerordentlich zu beobachten, wie namhafte römische Juristen erkannt haben, daß jenseits des Gebietes des strengen dolus malus Schuldfälle vorkommen, die ihm nahestehen, aber doch nicht zu ihm und noch viel weniger zu der des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ermangelnden Fahrlässig-

keit gehören. Zwischen jedem Falle echten Vorsatzes und echter Fahrlässigkeit gähnt aber eine solche Kluft, daß auch eine hohe Fahrlässigkeit jenem nie wirklich nahe stehen kann — im Maße der Unsittlichkeit zwar wohl, aber nicht im Inhalt des Willens.

Wenn diese Erkenntnis den Römern gefehlt hätte, so würde der kritische Historiker das Urteil größter Unfähigkeit der römischen Jurisprudenz in der Entwicklung der Lehre von der schwersten Schuld und glänzender, erfolgreichster Fähigkeit in der Entwicklung der leichteren abgeben müssen, und beide Urteile schienen ihm schwer vereinbar.

Die erste Spur einer solchen Erkenntnis tritt uns in der berühmten lex Nerva entgegen.[1]) Ihr Anfang lautet ja bekanntlich: „Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur." Lenel sagt: „B(inding) hält diesen Text für klassisch. Dies trifft schwerlich zu. Anstößig ist der Konjunktiv 'diceret', anstößig die These 'latior culpa dolus est', die in dieser zugespitzten Form (es heißt nicht etwa pro dolo accipitur) von jedem Standpunkte aus falsch ist und nun gar schon von Nerva aufgestellt sein soll." Ich gebe den Konjunktiv vollständig preis, weiß auch nicht, ob Nerva zuerst den kühnen Ausspruch getan hat. Ein Streit über einen Fall schwerer Verschuldung muß aber doch schon relativ früh unter den römischen Juristen bestanden haben, und warum nicht ein sittlicher Rigorist die geflissentliche Zurücksetzung der fremden Sache hinter die eigene des Depositars geradezu für dolus soll erklärt haben können, verstehe ich einfach nicht.[2]) Pro dolo accipitur wird er gewiß nicht gesagt haben. Es ist sehr bedauerlich, daß der Fall nicht genau

---

[1]) Celsus, l. 32 D. depos. 16, 3. Ob die Stelle im Urtext von der tutela handelte, wie auch ich glaube, oder vom Depositum, lasse ich hier auf sich beruhen. S. zu der Stelle Lenel S. 277; auch Kübler, Utilitätsprinzip S. 11ff. Mitteis, Röm. Privatr. I S. 331/2, ficht die Stelle nicht an.

[2]) Daß Nerva „latior culpa und dolus .... miteinander identifiziert, glaube ich nicht", so Kübler a. a. O. S. 13. Ich finde von solcher Identifizierung nichts. Es ist offenbar ein strittiger Fall der culpa latior dem dolus subsumiert worden.

mitgeteilt ist.[1]) Und darin hat Lenel ganz recht: die Zurücksetzung der deponierten gegen die eigene Sache kann sich in der verschiedensten Weise abstufen zwischen der durch Notstand berechtigten Zurücksetzung und der dolosen Preisgabe. Wenn aber angeblich Nerva in solcher Zurücksetzung eine Verletzung der fides gegen den Deponenten erblicken und den Fall einfach zum dolus schlagen konnte, so muß der Fall ziemlich schwer gewesen sein und doch eine Eigenschaft besessen haben, die seine Unterstellung unter den dolus doch als zweifelhaft erscheinen ließ. Davon bin ich Normen II S. 742 ausgegangen und dazu war ich nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, was Lenel S. 273 zu Unrecht nicht anerkennen will.

Derselbe Gedanke aber, daß bestimmte Verschuldungsfälle an den dolus und die fraus nahe herantraten — Fälle, die Fahrlässigkeitsfälle nie sein konnten —, ein Gedanke, der sich bedeutenden Juristen ja aufdrängen mußte und der also den Byzantinern, wenn man sie sehr gering schätzt, viel ferner lag —, ist aber noch andern römischen Juristen aufgegangen. Zunächst Papinian in l. 24 D. de liber. legata 34, 3.[2]) Der Fall ist so echt papinianisch wie er nur sein kann. Der Erbe ist testamentarisch gebeten, debitorem suum liberare. Das ist nach Papinian nur für die Summe gedacht, die in obligatione manserit. Was also der Schuldner vor der Testamentseröffnung bezahlt hat, ad causam fideicommissi non pertinebit. Quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit ideoque repeti potest.

Ich lasse Papinians Grund, hier von einem dolo proximum zu sprechen, einmal auf sich beruhen.[3]) Nach der

---

[1]) Bei der Rubrizierung rechtswidriger Handlungen ihrer Willensseite nach unter die Schuldbegriffe kommt es oft auf sehr feine Nuancierungen an.

[2]) Vgl. meine Ausführungen Normen II S. 747/8 und Lenel a. a. O. S. 280ff.

[3]) Ich möchte an dieser Stelle nur bemerken: Lenel nimmt so gern an meiner Auslegung der in den Quellen gegebenen Fälle Anstoß. Natürlich suche ich, wenn sie als Fälle der culpa lata vom dolus getrennt werden, nach den Eigenschaften, die sie tragen können, ohne echte

Quelle aber hat er — wie ich glaube mit gutem Fug — einen solchen gehabt.

Lenel druckt die Worte dolo proximum erit ideoque kursiv und fährt fort: „Wenn irgendeine Interpolation gewiß ist, so ist es hier die der Worte dolo proximum erit, obwohl diese selbst von de Medio (Bull. 18, 292) nicht angezweifelt werden."

Trotz Lenels absoluter Gewißheit erlaube ich mir die Frage, warum denn die Byzantiner, da ja Papinian von dem Recht der Rückforderung nur gesprochen hatte, das Bedürfnis empfunden haben, dieses Rückforderungsrecht mit einem nicht papinianischen Grund zu versehen? Auf diese Frage gibt er keine Antwort.

Prüfen wir Lenels Gründe für die Interpolation! Es ist in Wahrheit nur ein einziger. „Dolos oder dem dolus nahestehend kann eine Gesinnung oder Willensrichtung sein, aber doch nicht eine Schuldsumme (quod fuerit exactum). So liederlich schreibt Papinian nicht." Jedenfalls — ich gebe das ohne weiteres zu — hätte er so nicht gedacht!

Dolus bedeutet aber in den Quellen massenhaft nicht den Willen, sondern das dolose Verhalten.[1]) Die ganze actio doli ist ja dafür der schlagendste Beweis. Nicht auf den dolus, sondern auf die dolose Vermögensbeschädigung wird sie radiziert. Und solchem dolosen Verhalten steht die Eintreibung der Schuld nach der Testamentseröffnung seitens dessen nahe, der den Willen des Erblassers gekannt hat. Gerade die Hervorhebung dieser Wissenschaft bestimmt ja den großen Juristen zur Hervorhebung des dolo proximum und gerade aus diesem Grunde gibt er die Rückforderung. Es ist das einer der feinsten Gedanken der römischen Schuldentwicklung, und man kann ihn gar nicht kürzer und schlagender ausdrücken, als Papinian in seiner lapidaren Weise dies getan hat. Ich bewundere Papinian dafür und bin ihm für diese „Liederlichkeit" sehr dankbar.

Dolusfälle zu werden. Darauf muß es uns ja nach den Quellen ankommen.

[1]) Es stimmt schlechterdings nicht, wenn Lenel S. 272 sagt: „da dolus ja doch immer nur der Willensmoment in der Handlung, nicht die Handlung selbst ist".

Wenn man seinen Gedanken terminologisch vervollständigen wollte, so würde man sagen, Papinian habe in solchem Verhalten eine culpa dolo proxima gefunden, wobei nur ein Tor an schwere Fahrlässigkeit denken könnte.

Dafür, daß Ulpian ein Schüler Papinians war, spricht auch die relativ reiche Verwendung dieses Papinianischen Gedankens durch ihn.[1]) Natürlich wird die Authentizität fast aller dieser Stellen als aus der klassischen Zeit herrührend angefochten, und einige dürften in der Tat in ihrer jetzigen Form zweifellos unecht sein.[2]) Die Gegner der culpa lata gehen natürlich in ihrer Anfechtung möglichst weit. Nach meiner Überzeugung entschieden zu weit.[3])

Wenn aber Ulpian in l. 7 pr. D. depos. 16, 3 spricht von dem sequester, der den ihm anvertrauten gefesselten Sklaven misericordia ductus aus seinen Fesseln gelöst hat, und zufügt: dolo proximum esse quod factum est arbitror, so ist dies einer der schönsten Belege für die spröde Eigenart des römischen dolus malus.[4]) Und die Nachbarschaft der konkreten Verschuldung zum dolus wird gerade darin gefunden, daß der Täter cum sciret, cui rei pararetur, misericordiam exercuit. Ganz die gleiche Scheidung zwischen dem Entlassen eines Gefangenen durch den Soldaten, der ihn zu bewachen hat, aus Mitleiden und der gleichen Tat fraudulenter verübt begegnet auch bei Modestin[5]) und drückt sich bei ihm in schwerer Strafver-

---

[1]) Es kommen in Betracht 1. l. 8 pr. D. de edendo 2, 13; 2. l. 11 § 11 D. de interrog. in jure 11, 1; 3. l. 7 pr. D. depos. 16, 3; 4. l. 29 pr. D. mandati 17, 1; 5. l. 29 § 3 eod.; 6. l. 4 D. de mag. conven. 27, 8; 7. l. 47 § 5 D. de legatis I; 8. l. 23 § 3 D. ad Sc. Trebell. 36, 1; 9. l. 8 § 3 D. de precario 43, 26; 10. l. 1 § 2 D. si is qui testam. 47, 4. — Vgl. auch Marcian in l. 11 D. de incendio 47, 9. — Von diesen Stellen halte ich für interpoliert die 1., die 4., die 7., im 1. Teil die 8., die 9. und die 10., vielleicht die 2., nicht mehr die 5. und in dem mir wichtigen Teil die 6. (meine Normen II S. 724 N. 25).

[2]) Als unangefochten verzeichnet Krüger in der Digestenausgabe nur l. 7 pr. D. depos. 16 3.

[3]) S. Note 1.

[4]) Genau dieselbe Handlung verübt, um den Herrn um seinen Sklaven zu bringen, wäre dolo malo verübt.

[5]) L. 14 § 2 D. de custodia reor. 48, 3.

schiedenheit aus (einfache mutatio militiae und Todesstrafe oder Degradation in extremum gradum). Auch hier gilt von der Schuld: quia ista propter fraudem accedit, wenn auch Modestin den Ausdruck nicht gebraucht.

Dieses Laufenlassen des Gefangenen aus Mitleid ist bei Modestinus ein Fall der neglegentia amittere custodiam. Ja, nach Callistratus hätte Hadrian die Schuld eines solchen Gefangenen in nimia neglegentia und casus eingeteilt. Bei nimia neglegentia, die gleich darauf nimia culpa genannt wird, tritt die Todesstrafe ein: alioquin pro modo culpae in eos statuendum.

Es mahnt dies zur Vorsicht in der Deutung von negligentia.[1]) Diese bezeichnet keineswegs nur die unbewußte, sondern auch die bewußte Rechts- resp. Pflichtwidrigkeit, insbesondere das absichtliche Mißachten und Verachten[2]) eines praeceptum, einer constitutio principis, einer voluntas.[3]) Magna negligentia wird unbedenklich gesetzt, wenn von vorsätzlich rechtswidrigem Handeln die Rede ist.[4]) Und so erklärt sich, daß die lata culpa, bei der die Schuld nie in einem Irrtum gefunden wird, als lata negligentia[5]) oder nimia negligentia[6]) oder manifesta neglegentia[7]) oder disso-

---

[1]) M. E. ganz falsch Pernice, Labeo II 1 S. 116. 148. 221. Pernice treibt m. E. eine unerlaubte Spielerei mit dem Gegensatz von negligentia und diligentia. Vgl. Normen II S. 769/70.

[2]) Vgl. l. 8 § 10 D. mandati 17, 1: et si dolo emere neglexisti. Mitteis, Röm. Privatrecht I S. 769, hat schon auf die Bedeutung von Pflichtvergessenheit hingewiesen. Bezüglich der negligentia bewegt sich Lenel im schroffen Widerspruch. S. 273 wird zugegeben, daß die negleg. „auch vorsätzlich begangen werden kann", S. 276 aber heißt es: „ein vorsätzliches Handeln beruht niemals auf neglegentia". Im Sinne der letzten Äußerung leugnet Lenel ganz direkt gegen die Stelle, daß nach l. 14 D. 48, 3 die negligentia auch das Laufenlassen des Gefangenen aus Mitleiden umfaßt. Die Entlassung fraudulenter ist ja nur gesteigerte negligentia. Aus dem Hadrian. Reskript in l. 12 h. t. ergibt sich dies ja auch zur Evidenz.

[3]) L. 5 § 9, l. 7 § 7 D. de admin. tutor. 26, 7; l. 1 § 3 de lege Corn. 48, 10; l. 5 C. de religios. 3, 34. Im Latein der Volksrechte habe ich neglectum einfach für „Verbrechen" gefunden. S. Lex Alam. F. XII 11.

[4]) L. 7 § 2 D. de admin. tut. 26, 7.

[5]) S. die Stelle der vorigen Note und l. 8 D. de admin. rer. 50, 8.

[6]) In der sehr törichten Stelle des Ulp. l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16.

[7]) L. 2 C. arbitr. tut. 5, 51.

luta neglegentia[1]) bezeichnet wird. Von Fahrlässigkeit fehlt hier überall jede Spur.

Auch die lata neglegentia prope fraudem accedit.[2])

Nun kann über die Identität des dolo proximum, der culpa dolo proxima, der culpa lata, der magna negligentia nach den Quellen ein Zweifel nicht herrschen.[3])

Und nun geht meine Überzeugung dahin: culpa lata kann schon sprachlich nie als grobe Fahrlässigkeit gedeutet werden: denn culpa als Fahrlässigkeit ist immer — auch nach römischer Auffassung — die leichtere Schuldform. Wo die Stellen über die culpa dolo proxima einen Aufschluß geben, lassen sie klar erkennen, daß Fahrlässigkeit der lata culpa Kern nicht ist, sondern daß deren Kern in einem wissentlichen schuldhaften Verhalten besteht, welches nicht alle Merkmale des römischen dolus aufweist, aber diesem benachbart ist.

Nach meiner Überzeugung füllt diese culpa dolo proxima — nicht prinzipiell und nicht vollständig, aber zu einem großen Teil — die Lücke zwischen dem römischen dolus malus und der römischen Fahrlässigkeit. Und das

---

1) L. 29 pr. D. mand. 17, 1.

2) Ulp. in l. 7 § 1 D. de susp. tutor. 26, 10. Von Pernice angezweifelt, Labeo II 2, 1 S. 186 N. 4. „Ich gestehe zu, daß meine Gründe für eine Interpolation nicht stark sind", meint Pernice. Auch de Medio behauptet für den entscheidenden Teil die Interpolation.

3) L. 23 § 3 D. ad SC. Treb. 36, 1; l. 8 § 6, vgl. § 3 D. de precar. 43, 26; l. 7 § 1 D. de susp. tutor. 26, 10; l. 2 C. arbitr. tutelae 5, 51; l. 2 C. si tutor 5, 55. Auch die lata et incauta neglegentia im Gegensatz zum data opera incendium facere bei Ulp. in der Coll. XII 5, 2 ist nach meiner Ueberzeugung so zu deuten. A. M. Lenel S. 287, der meine Behauptung anficht, data opera sei (natürlich für das Deliktsgebiet) ein Synonymum des Vorsatzes. Vielmehr bedeute data opera gerade „die Absichtlichkeit an sich", die ich auch für die culpa lata fordere. Dem Begriff der „Absichtlichkeit" bin ich in den römischen Quellen noch nie begegnet: ich halte — Lenel möge verzeihen — ihn für sie für viel zu abstrakt. Die data opera auf dem Deliktsgebiet besagt die Bemühung, die sich der Täter gibt, den als rechtswidrig erkannten Erfolg herbeizuführen. Sehr charakteristisch Gaius l. 1 pr. D. de alien. jud. 4, 7. — Auf die Marcianstelle in l. 11 D. de incend. 47, 9 möchte ich hier nicht näher eingehen. Ich möchte sie besprechen bei der Untersuchung im letzten Bande der Normen, ob das römische Recht fahrlässige Verbrechen gekannt habe.

Verdienst dieser Füllung fällt der klassischen Jurisprudenz zu, deren Werk weiterzuführen die Byzantiner nur versucht haben. Nun ist diese Auffassung nur in der genaueren Durchführung neu. Sie begegnet schon bei den Postglossatoren.

Auf Zustimmung kann diese Auffassung nur bei der kleinen Zahl derer rechnen, die nicht nur im Schuldgebiet überhaupt ganz heimisch, sondern auch der römischen Schuldauffassung auf den Grund gegangen sind. Wie Pernice, so bekämpft mich auch Lenel prinzipiell. Ich glaube nicht, daß durch genaues Eingehen auf Lenels Gründe eine Verständigung herbeigeführt werden kann. Seine Lage ist ja die, daß er durch angebliche Eliminierung der levis culpa geradezu genötigt ist, alle Stellen mit culpa lata und culpa dolo proxima als interpoliert zu betrachten.

VI. So hätte es m. E. wenig Wert, gegen jede Interpolationsbehauptung von Lenel und gegen jeden Grund, den ich für falsch halte, ausdrücklichen Widerspruch zu erheben. Ich will nur an drei Stellen die vollständige Verschiedenheit des rein formellen Standpunktes von Lenel und meines Standpunktes innerhalb der Entwicklung der römischen Schuldauffassung darlegen.

1. Ich komme zunächst auf die Papinianische von der non levis culpa des tutor datus zurück.[1]) Sie ist in den Normen II S. 748 ff. besprochen und dort habe ich ausgeführt, daß die Römer die Weigerung des berufenen tutor, contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium zu übernehmen, als eine lata culpa ansahen, weil bei der Einfachheit der römischen Exkusationsgründe meist ein wirklicher Zweifel in dem Berufenen über das Vorhandensein eines Ablehnungsgrundes nicht bestehen konnte und weil aus der wahrscheinlichen Kenntnis von der Nichtexistenz eines solchen auf diese Kenntnis geschlossen wurde. Deshalb wurde die Weigerung als eine vorsätzlich rechtswidrige, aber nicht als eine dolose, in der Absicht der Schädigung des Mündels geschehene betrachtet.

Damit lege ich nach Lenel in die Stelle „zweierlei

[1]) L. 39 § 6 D. 26, 7.

hinein, was nicht in ihr gesagt ist": die Wissenschaft von der Unstichhaltigkeit des Exkusationsgrundes und das Fehlen der Absicht, den Mündel zu schädigen (S. 282/3).

Lenel hat offenbar bisher viel weniger Anlaß gehabt, sich mit derartigen Bestimmungen zu beschäftigen, als ich. Sagt das römische Recht: Tutor — cuius injusta appellatio pronuntiata erit cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit, erit obligatus (l. 20 D. 26, 7), so heißt das: der Berufene lehnt auf eigene Gefahr ab, und wenn er das Dasein eines echten Ablehnungsgrundes nicht erweisen kann, so wird das so angesehen, als habe er wissentlich zu Unrecht abgelehnt. In der neueren Rechtssprache gesprochen: es wird eine Schuldvermutung bis zum Beweis des Gegenteils aufgestellt, und da ein verzeihlicher Irrtum als solcher nicht anerkannt wird, so ist diese Schuld in unserem Sinne ein vermuteter Vorsatz. Im heutigen Recht sind ja diese Fälle leider auch nicht selten. So habe ich nichts in die Stelle gelegt, was nicht nach römischer Auffassung drin läge. Wie ernst äußert sich ja gerade Papinian über diese Weigerung der auctoritas juris zum Trotze!

2. Aus einer Reihe von Stellen habe ich — und wie ich glaube, mit allerbestem Grunde — die Regel abgezogen: „Rechtswidriger Vorsatz, nicht aus Eigennutz, sondern aus Konnivenz gegen einen Dritten schließt dolus malus aus und begründet culpa lata."[1]) Daß dolus malus in solcher Konnivenz enthalten sein kann, ist mir natürlich nicht fremd. Aber von solchen Fällen rede ich nicht.

Die Erscheinung ist wieder so außerordentlich interessant und lehrreich für die römische Dolusauffassung! Lenel steht ihr befangen gegenüber.

Ich habe mich unter anderem auf Ulpian l. 8 § 9 und 10 am Anfang D. mandati 17, 1 berufen. Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: proinde, si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cepisti ut emeret), aut si lata

---

[1]) Normen II S. 733.

culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere) teneberis.[1])

Da die Stelle von Eisele, natürlich auch von de Medio, dem sich Mitteis angeschlossen hat, in ihrer Echtheit angegriffen worden ist[2]), habe ich gerade über sie, ebenso wie über die alsbald zu besprechende Paulusstelle (l. 7 D. 48, 8) wiederholt eingehend mit Hans Peters verhandelt. Wir kamen beide zur Überzeugung, daß gar kein Grund vorliege, die Echtheit anzuzweifeln.[3])

Lenel sagt: „M. E. ist sie, soweit sie von culpa lata und culpa handelt, unzweifelhaft interpoliert" und schließt seine Besprechung mit den Worten: „Ganz gewiß ist das Beispiel, nackt wie es dasteht, als Beispiel für culpa lata, auch für culpa lata in Bindings Sinne, so unpassend wie möglich, und zwar einem Byzantiner, nicht aber einem Klassiker zuzutrauen." Wahrscheinlich habe sich der Interpolator den Fall so vorgestellt, daß sich der Beauftragte das in der Begünstigung des Freundes liegende Unrecht leichtsinnig und gedankenlos nicht zum Bewußtsein gebracht habe.

Lenel betrachtet, nach seiner Druckweise (S. 274) zu schließen, die Worte (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa, (forte si gratia ductus passus et alium emere) als eingeschoben.

Nun ist aber die im Text gemachte Unterscheidung außerordentlich fein aus dem Leben gegriffen. Diese Art Pflichtverletzung kommt ja massenhaft vor — nicht aus bösem Willen, sondern aus einer Mischung von Gutmütigkeit und Leichtsinn räumt jemand einem Freund oder Bekannten oder Protektor einen Vorteil ein, den er nicht einräumen durfte, weil er einen andern dadurch beschädigt. Daß sich der Interpolator eingebildet hätte, der Mandatar hätte sich das Unrecht nicht zum Bewußtsein gebracht, ist eine ganz unmögliche Unterstellung, die Lenel nur machen kann, weil er sich beständig in der falschen Vorstellung bewegt, culpa lata müsse grobe Fahrlässigkeit sein.

---

[1]) Vgl. dazu Normen II S. 734 ff. und über die Echtheitsfrage S. 734 N. 50. Dagegen Lenel S. 273 ff.

[2]) Über die Beweiskraft des doppelten forte s. Normen S. 734 N. 50.

[3]) Die Fortsetzung der Stelle kam für uns nicht in Betracht.

Davon liegt in ihr keine Spur. Gerade deshalb ist „das Beispiel, nackt wie es steht, als Beispiel für culpa lata, und gerade für culpa lata in Bindings Sinne“ so zutreffend wie möglich. Der nicht feindselige rechtswidrige Vorsatz und sein Gegensatz zum römischen feindlichen dolus malus muß nur begriffen werden: dann verliert die Stelle jede Anstößigkeit.

Denke ich aber einen Augenblick an Interpolation, so frage ich mich vergeblich, wie Tribonian oder einer seiner Leute zu ihr gekommen ist? Wer hat ihn dazu gedrängt und was hat ihn in den Stand gesetzt, so fein zu unterscheiden? Die beiden Beispiele sind so treffend gewählt wie nur irgend denkbar: in foro criminali kommen ja beide alltäglich vor, und ihre Verschiedenheit wirkt sehr stark auf die Strafzumessung. Es wäre doch sehr auffallend gewesen, wenn gerade diese häufige Erscheinung den Klassikern entgangen wäre und auf ihre Entdeckung durch die Byzantiner hätte warten müssen.

So halte ich an allem dem fest, was ich auch im Anschlusse an diese Stelle, zu der ja aber eine ganze Anzahl anderer ergänzend hinzutritt, ausgeführt habe.

3. Die letzte Stelle, auf die ich eingehen will, ist die strafrechtlich wichtigste in l. 7 D. ad leg. Cornel. 48, 8 von Paulus aus dessen liber singularis de publicis judiciis: In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Es folgt dann ein gleich zu besprechender Fall, von dem gesagt wird, daß er deshalb ad hujus legis coercitionem non pertinet.[1])

Daß die beiden ersten Sätze, die inhaltlich gar nichts miteinander zu tun haben, so nicht in Paulus' Schrift nebeneinander gestanden haben können, ist zweifellos. Der erste bezieht sich auf die Anstiftung[2]) und der zweite auf die Täterschaft.[3]) Ich lasse den ersten beiseite. Die Echtheit

---

[1]) Vgl. Normen II S. 753ff. Vgl. Lenel S. 285/6. Lenel hält den ersten Satz und die Beispiele für echt.

[2]) Manche wollen den Satz auch auf den Versuch beziehen. Aber den Römern war diese Verbrechensform ganz fremd.

[3]) Alle Gründe, die Lenel S. 287 aus dieser Satzfolge für die Unechtheit entnimmt, haben also gar kein Gewicht. Man hat die beiden Sätze

des zweiten habe ich sorgfältigst erwogen, ganz besonders im Zusammenhang mit dem angeschlossenen Falle, und bin zu der Überzeugung gekommen, daß keine Interpolation vorliegt. de Medio hat das natürlich bestritten, Lenel hält meine Gründe für solche, „die schwerlich durchschlagen“. Das ist immerhin bei ihm schon ein großes Maß von Anerkennung.

Ich habe zunächst hervorgehoben die verneinende Form des Satzes. Überall, wo die lata culpa sich als interpoliert sicher nachweisen läßt, ist sie geschehen, um die lata culpa dem Dolus gleichzustellen. Dagegen bemerkt Lenel: Aber die Kompilatoren hatten doch wahrlich alle Ursache, gerade bei dem Mordgesetz von der sonst beliebten Gleichstellung eine ausdrückliche Ausnahme zu machen.“ Dieser Grund paßt aber schlechterdings nicht hierher. An keiner einzigen Stelle der ganzen römischen Quellen, wo es sich um Strafrecht handelt, ist solche Gleichstellung ausgesprochen worden. Sie würde ja zur Folge gehabt haben, das crimen publicum für die Fälle der culpa lata freizugeben. Davon findet sich nicht die leiseste Spur! Wir stoßen auf Tötungs- und Brandstiftungsfälle und nur auf solche, die, wenn culpa lata, lascivia, luxuria begangen, unter Strafe gezogen werden, aber immer im Extraordinarverfahren — sei es auf crimen extraordinarium hin, sei es vielleicht im Wege des inquisitorischen Vorgehens.

Also von besonderer Beschränkung des crimen publicum auf Grund der lex Cornelia de sicariis kann gar keine Rede sein. Und das neque in hac lege ist nur dahin zu deuten: auch für das Gebiet dieser lex findet die Gleichstellung nicht statt. Man vergesse doch nicht, daß jede Verurteilung auf Grund eines crimen publicum infamierte! Es liegt die Annahme am nächsten, daß Paulus wie schon bei anderen leges, so auch bei der Cornelia das Erfordernis

---

nicht unerfreulich zu vermengen, sondern beide streng getrennt zu halten. Es liegt jedenfalls zwischen den Sätzen eine Auslassung, und die sklavische „Nachbildung“ des zweiten Satzes ist eher ein Indiz gegen als für die Interpolation.

des dolus malus hervorgehoben und seine Nichtgleichstellung mit der culpa lata betont hat.

Ein großes Gewicht gegen die Echtheit der Stelle würde sich nun daraus ergeben, daß die Beispiele zu dem zweiten Satze nicht paßten.

Man kann sagen, daß sich darauf der Streit konzentriert.[1])

Daß die Fälle der Beispiele straflos bleiben sollen, sagt der Jurist nicht; er betont nur, daß sie nicht nach der lex Cornelia bestraft werden können. Ich gebe ohne weiteres zu, daß der Wortlaut die Deutung der Fälle auf solche fahrlässiger Tötung ermöglicht.[2]) Ich weise Lenels kategorische Erklärung: „Ganz unrichtig ist es jedenfalls, mag man nun den Zwischensatz für interpoliert halten oder nicht, die Beispiele anders aufzufassen denn als solche fahrlässiger Tötung" einfach zurück.[3]) Für jeden, der römisches Strafrecht kennt, stößt diese Deutung doch auf sehr große Bedenken.[4])

---

[1]) Ich möchte hier Mommsens Stellung zum fahrlässigen „Verbrechen" im römischen Recht außer Betracht lassen. Ich bin anderweit darauf genauer eingetreten. Nach meiner Überzeugung kennt das römische Strafrecht nicht einen einzigen Fall öffentlich strafbarer Fahrlässigkeit. Die einzige Scheinausnahme bildet das fahrlässige Entweichenlassen des Gefangenen durch den miles, der ihn zu bewachen hat, in l. 12 und l. 14 § 2 D. de custodia reor. 48, 3. Hier ist aber die Strafe eine militärische Disziplinarstrafe, und ein crimen aus diesem Tatbestand ist gewiß nicht gegeben worden. Ein solches Disziplinarverfahren wird auch in l. 1 C. ad leg. Cornel. 9, 16 dem Soldaten in Aussicht gestellt, der nicht occidendi animo getötet hat.

[2]) Man könnte dieser Deutung entsprechend annehmen, Paulus habe sagen wollen, diese Fälle unterfallen zwar nicht der lex Cornelia, sondern der lex Aquilia. So tut z. B. Winssinger, Differ. inter delicta dolosa et culposa. 1824 S. 125. Aber solche Parallelbehandlung einer lex publici judicii mit der lex Aquilia halte ich bei Paulus für unmöglich. Und dann sind die Fälle ja gar nicht Fälle „schwerer", sondern ganz gewöhnlicher Fahrlässigkeit — vorausgesetzt, sie seien überhaupt Fahrlässigkeitsfälle.

[3]) Mit gleicher apodiktischer Gewißheit spricht Pernice, Labeo II 1 S. 388.

[4]) Leider ist ihr auch Hitzig verfallen in seiner sehr guten Abhandlung über das Tötungsverbrechen, Schweiz. Ztschr. für Strafr. IX S. 16 ff.

Ein römischer Kaiser nach dem andern — erst Caracalla 215, dann Alexander Severus 222, dann Diokletian 290 — erklärt mit größter Bestimmtheit, nur die dolo malo begangene Tötung sei strafbar. Wer nicht dolo malo gehandelt hat, ist freizusprechen.[1]) Auch nirgends finden wir die leiseste Spur einer Strafbarkeit rein fahrlässiger Tötung.

Schon diese Tatsache erweckt Bedenken wider die Deutung der Fälle der l. 7 auf Fahrlässigkeit. Sie gehörten dann in die Digesten einfach nicht hinein. Und doch ist sicher, daß ihrer als strafbarer, nur nicht als nach der lex Cornelia strafbarer Tötungsfälle gedacht ist.[2])

Paulus liebt das Beispiel des putator und behandelt es an drei Stellen: im liber singularis de publicis judiciis, im 10. Buch ad Sabinum (l. 31 D. ad leg. Aq. 9, 2) und in seinen Sentenzen V 23 § 12. Ihm ist ganz klar, daß die Tötung ebenso erfolgen kann, wenn der putator fahrlässig, als wenn er dolo malo dem unten Gehenden den Ast auf den Kopf wirft: in l. 31 D. gedenkt er des dolus ausdrücklich.

Die Folge der fahrlässigen Tötung ist die Buße der lex Aquilia.[3]) Ganz anders in den Sententien. Paulus schweigt sich hier über die Schuld des putator aus: wirft dieser aber dem Vorübergehenden den Ast auf den Kopf und der Getroffene stirbt: etsi in legem non incurrit (genau wie in l. 7 D. 48. 8), in metallum tamen datur.

Die Poena metalli ist nach den Digesten proxima morti poena.[4]) Daß zu dieser furchtbaren Strafe selbst eine humilior persona hätte verurteilt werden können wegen rein fahrlässiger Tötung, welche die Kaiser übereinstimmend für straflos erklärt haben, will einem Kriminalisten, der gewöhnt ist, die Schwere der Verbrechen in ihren Strafen

[1]) S. Coll. I 8 und l. 1 Cod. ad leg. Corn. 9, 16; Coll. I 9 und 10; l. 4 C. h. t. Gut darüber Hitzig S. 31.

[2]) Aus Paulus Sentent. V 23 § 12 ergibt sich diese Gewißheit.

[3]) L. 31 D. 9, 2.

[4]) L. 23 pr. D. de poen. 48, 19.

zu ermessen, nicht in den Kopf.[1]) Kein Römer würde dies meiner festen Überzeugung nach für möglich gehalten haben. Kein Römer hat auch je die Beispiele der l. 7 D. 48, 8 für Fälle strafbarer fahrlässiger Tötung gehalten!

Und deshalb bin ich als Kriminalist genötigt, die Fälle so zu deuten, daß eine dolose Rüpelei sie einleitet und der Tod dadurch herbeigeführt wird.[2])

Dann aber fallen sie genau in das Gebiet des dolo proximum, um Papinians feinen Ausdruck nochmals zu gebrauchen, d. h. sie sind genau Fälle der culpa lata von der Art, wie ich sie nachgewiesen habe. Sie können in ihrer Ausgestaltung Fälle der injuria mit daranschließendem eventuellen Tötungsdolus oder mit der injuria konkurrierender fahrlässiger Tötung gewesen sein. Aus solchen Fällen aber wurde ein crimen extraordinarium gegeben: sie unterliegen nicht der poena legitima, sondern einer poena arbitraria.

Und so passen die Beispiele des Paulus in l. 7 D. 48, 8 aufs Haar zu seinem Satz: neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur und bestätigen dieses Satzes Echtheit.

Hat man erst einmal angefangen, die culpa lata in ihrer Funktion und damit in ihrer Unentbehrlichkeit zu begreifen, so hat man vor allem auch verstanden, daß sie mit der Fahrlässigkeit weder sprachlich noch sachlich das geringste zu tun hat, so hat sie auch aufgehört, der Störenfried zu sein, der einem überall zu schaffen macht, wo er auftritt.

Freilich nötigt diese Erkenntnis zu einer Verfeinerung der Schuldlehre: das Zwischengebiet zwischen römischem dolus malus und der culpa levis will dogmatisch angebaut sein. Das ist aber eine reizvolle Aufgabe, wenn sie jetzt auch nur noch historischen Wert besitzt.

---

[1]) Der einzige, der, soweit ich sehen kann, aus der Schwere der Strafe richtig geschlossen hat, daß Paulus in den Sentent. an den denkt, qui praetereuntem viderit et ramum sine animo occidendi deiecerit, ist Platner in seinen gediegenen Quaestiones S. 214.

[2]) Lenel erhebt sprachlich Bedenken. Ich verweise auf das se praecipitare.

So fasse ich meine Ansicht dahin zusammen: culpa bedeutet bei den Römern Verbrechen — wahrscheinlich ist dies die älteste Bedeutung, die sich bis in die späteste Kaiserzeit erhalten hat —, wird dann ganz überwiegend für die Schuldseite des Deliktes verwendet, bedeutet vor Entdeckung der Fahrlässigkeit rein den dolus malus; nach dieser Entdeckung spaltet sich die culpa in zwei Arten: die schwerere des dolus und die leichtere der Fahrlässigkeit, welche selten, aber sicher culpa levis genannt und immer als culpa levis gedacht wurde, aber sehr häufig unter Weglassung des gedachten Beiworts culpa schlechthin genannt wurde; und als sich fühlbar machte, daß zwischen dem zu eng gefaßten dolus und der so richtig gefaßten Fahrlässigkeit ein fatales Zwischengebiet sich auftat, wurde dieses als dolo proximum, culpa dolo proxima oder culpa lata bezeichnet und umfaßte Fälle des rechtswidrigen Vorsatzes, welche die häßliche Natur des römischen dolus nicht trugen, und Fälle von Konkurrenz dolosen und fahrlässigen Handelns, aber nie Fälle reiner Fahrlässigkeit.

II.

Nochmals zur *δίκη ἐξούλης.*

Von

Herrn Professor Dr. **J. H. Lipsius**

in Leipzig.

Den Fehdehandschuh, den Rabel in seinem Aufsatz *Δίκη ἐξούλης* und Verwandtes i. d. Ztschr. XXXVI, besonders S. 353f. im Namen der Rechtshistoriker den philologischen Arbeitern am griechischen Recht hinzuwerfen sich berufen geglaubt hat, meinerseits aufzunehmen i. d. Ztschr. XXXVII S. 1ff., bestimmten mich nicht sowohl die gegen mich gerichteten Angriffe, als, wie ich sofort hervorhob, die Bedeutung, die der Streitfrage für die Bewertung unserer Quellen zur Kenntnis des griechischen Rechtes zukommt. Eben diese methodische Bedeutung der Frage macht es mir auch zur unerläßlichen, wenngleich wenig erfreulichen Pflicht, die Entgegnung Rabels im vorjährigen Bande d. Ztschr. S. 296ff. nicht unerwidert zu lassen. Ich werde bemüht sein, mich möglichst kurz zu fassen; wenn es ohne Wiederholung von schon Gesagtem nicht abgeht, so trifft nicht mich die Verantwortung dafür.

Vor allem gilt es, den Gegenstand des Streites gegen jede Verdunkelung sicherzustellen. In Frage steht der Wert, den die Angaben der griechischen Lexikographen über die *δίκη ἐξούλης* beanspruchen dürfen, in erster Linie aus bald ersichtlichem Grunde die des Harpokration in seinem Lexikon zu den zehn Rednern. Meinen Standpunkt habe ich mit vollkommener Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht S. 5 in Sätzen, die ich wieder hersetzen muß: 'Wie sorgfältig und gewissenhaft Harpokration oder seine Quelle in der Ausbeutung der Redner verfahren ist. das beweist eine Nachprüfung der Artikel, bei denen durch Erhaltung der von ihm angezogenen Reden eine Kontrolle ermöglicht ist. Selbstverständlich sind wir dadurch nicht der Verpflichtung überhoben, seine Angaben nachzuprüfen, soweit unsere

Mittel das gestatten', wofür ich ein Beispiel in der von ihm der *δίκη βεβαιώσεως* gegebenen Ausdehnung beibringe, die von mir in Zweifel gezogen, von Partsch aber gegen mich in Schutz genommen worden ist. 'Aber um einer erst zu erweisenden These willen einer auf uns nicht mehr zugängliche Quellen gestützten Angabe eines vertrauenswürdigen Gewährsmannes den Glauben zu versagen, ist methodisch genau so falsch, wie wenn z. B. Rabel in einer früheren Arbeit eine Klausel des Adoptionsgesetzes bei [Demosth.] XLVI 14, die der Erklärung Schwierigkeiten bereitet, kurzerhand auswirft.' Etwas ganz anderes ist es, was Rabel S. 298 mich sagen läßt, daß ich 'erhaltene klassische Gerichtsreden und viele (sic) Jahrhunderte jüngere antiquarische Notizen aus Reden oder über Reden auf dieselbe Stufe stelle'. Zu dieser Unterstellung berechtigt es auch nicht, wenn ich S. 8 'die scharfe Gegenüberstellung von Rednern und Grammatikern ablehne' darum, weil auch Harpokrations und Pollux' Angaben, um die allein es sich da handelt, aus Rednern geflossen sind.

Unter den Lexikographen kommt vorzugsweise der Artikel des ältesten unter ihnen, des Harpokration, der bald nach Augustus schrieb, für uns in Betracht, weil er der vollständigste von allen ist und zugleich allein die Reden und sonstigen Quellen bezeichnet, auf denen seine Angaben beruhen. Ihn mußte ich darum zum Ausgangspunkt meiner Ausführungen nehmen, wie ihm auch R. einen besonderen Abschnitt seines Aufsatzes gewidmet hatte. Jetzt freilich erklärt er S. 300 diese Beschränkung für unzulässig und zieht eine andere Glosse der Etymologika und des Suidas u. *ἐξούλης* 3 heran, um mit ihrer Hilfe Harpokrations ersten Satz zu erklären: *ἐξούλης ὄνομα δίκης, ἣν ἐπάγουσιν οἱ φάσκοντες ἐξείργεσθαι ἐκ τῶν ἰδίων κατὰ τῶν ἐξειργόντων.* Aber zu dessen Verständnis kann jene Glosse nicht das mindeste beitragen, da sie nur die Anwendung der *δ. ἐ.* zum Schutze der *ἐμβάτευσις* in ein durch Richterspruch zuerkanntes Grundstück kennt. Denn wenngleich auch bei Harpokration unter *τὰ ἴδια* zunächst Grundbesitz verstanden sein wird, so liegt doch bei dem noch in keiner Weise aufgehellten Verhältnis beider Glossen zueinander nicht das geringste

Recht vor, den Sinn von Harpokrations Satz auf den einen in der anderen Glosse genannten Fall zu beschränken und nicht mindestens auf verwandte Fälle, wie des heres suus auszudehnen, wie dies R. selber auf Erinnerung von Rehm wenigstens mit einem 'vielleicht' zugesteht. Aber was das Wesentliche für die Auffassung von Harpokrations Satz ist, bleibt dabei unausgesprochen, daß er jedenfalls dem Schutze des Besitzes an Grundstücken ganz allgemein gilt, nicht bloß der auf Richterspruch oder Recht zur *ἐμβάτευσις* sich gründenden Besitznahme. Nach dem Gesagten hat es seinen guten Grund, wenn ich auch diesmal meine weiteren Darlegungen zunächst an den Artikel von Harpokration anschließe. Im Zusammenhange ist er in meinem früheren Aufsatz und in dem ersten von R. (R. I) abgedruckt.

Auf die andere der beiden von Harpokration unterschiedenen Verwendungsarten der *δίκη ἐξούλης*, zur Vollstreckung richterlicher Urteile bezieht sich der weitere Satz: *δικάζονται δὲ ἐξούλης κἀπὶ τοῖς ἐπιτιμίοις οἱ μὴ ἀπολαμβάνοντες ἐν τῇ προσηκούσῃ προθεσμίᾳ, ὑπερημέρων γιγνομένων τῶν καταδικασθέντων* — darum *κἀπί*. Hier verstand R. unter *ἐπιτίμια* nur Geldbußen[1]) und fand darum die Exekution eines Urteils, das dem Gegner Sachen zuspricht, völlig übergangen. Aber damit war der Begriff von *ἐπιτίμια* zu eng gefaßt und jedenfalls die Meinung des Grammatikers verfehlt, wie ich aus der Parallelglosse u. *ὑπερήμερος* bewies: *οἱ δίκην ὀφλόντες ὁποιανοῦν καὶ τὰ ἐπιτίμια τοῖς ἑλοῦσι μὴ ἀποδιδόντες ἐν ταῖς τακταῖς προθεσμίαις ὑπερήμεροι ἐκαλοῦντο.* Denn die in Prozessen jedweder Art Verurteilten sind nicht bloß mit Geldbußen Belegte, neben denen namentlich die zur Herausgabe der Streitsache Verurteilten in Betracht kommen mußten, die Harpokration übergangen haben soll. Trotzdem will R. seine Deutung von *ἐπιτίμια* damit aufrechthalten, daß *ὑπερήμερος* in den wenig zahlreichen Rednerstellen und sonst regelmäßig vom Schuldner gesagt werde.

---

[1]) Der in Parenthese zu den Worten 'Urteil auf eine Geldsumme' hinzugefügte Satz 'eigentlich Geldbuße, was in Athen bezeichnenderweise durcheinandergeht', muß jeden Kenner des griechischen Sprachgebrauchs höchlich befremden, auch wenn er 'vom germanischen Recht herkommt' (R. S. 297).

Aber wie *προθεσμία* nicht nur den Zahlungstermin, sondern die Frist überhaupt bedeutet, so ist *ὑπερήμερος* dem Wortbegriff nach jeder, der die Frist versäumt, wenngleich es in der Natur der Sache liegt, daß es vorzugsweise vom Schuldner gebraucht wird. Allein anders nicht nur, wie gezeigt, bei Harpokration, sondern auch z. B. bei Lukian Fischer 52 *καιρὸς καὶ ὑμᾶς ἀπιέναι ὅθεν ἥκετε, μὴ καὶ ὑπερήμεροι γένησθε τῆς προθεσμίας*; Achill. Tat. VIII 8 *ἤδη τέθνηκε τοῖς νόμοις· ὑπερήμερός ἐστι κατάδικος*. Ist also die Behauptung unrichtig, daß Harpokrations Satz nur für das auf Geldbuße gerichtete Urteil einen guten Sinn gebe, so wird damit zugleich ebenso die Folgerung hinfällig, es sei von ihm übersprungen und bloß aus unserer sonstigen Kenntnis zu ergänzen, daß einem solchen Urteil die Pfändung von Sachen folgte und auf die Hinderung der Pfändung die *δ. ἐ.*, wie die weitere Annahme, daß auf diese Sachen die im nächsten Satze folgenden Worte *ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν* sich beziehen, deren Sinn man freilich aus der Fassung des Grammatikers nicht erraten könne. Daß vielmehr die Worte in dem Zusammenhange, in dem sie stehen, ihr gutes Recht haben, habe ich S. 3 dargelegt, wogegen R. nichts eingewendet hat.

Aber einer ähnlichen 'Unterschlagung' soll sich Harpokration auch im nächsten Satze schuldig gemacht haben: *ἐδικάζετο δὲ ἐξούλης καὶ ὁ χρήστης κατέχειν ἐπιχειρῶν χρῆμα τοῦ χρεωστοῦντος καὶ κωλυόμενος ὑπό τινος*. Denn gemeint könne nur der Pfandgläubiger sein, der sich die verpfändete Sache nehmen will und daran gehindert wird. Dagegen verwies ich auf Stellen des Aristophanes, nach denen dem Gläubiger auch ohne Urteil oder vertragsmäßige Abrede Pfändung des mit der Zahlung im Rückstand verbliebenen Schuldners zugestanden haben muß. R. bestreitet S. 298 die Beweiskraft der Stellen, weil dann die Exekutivklauseln unerklärlich würden. Aber dabei ist außer acht gelassen, daß diese Klauseln, die in dem späteren Recht eine so bedeutsame Rolle spielen, nicht vor der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts nachzuweisen sind. Ihr Aufkommen erst in einem vorgeschrittenen Entwicklungsstadium des attischen Rechts findet eine Analogie in der Entwicklung des germa-

nischen Pfändungsrechts, das nicht berücksichtigt zu haben mir zum Vorwurf gemacht wird S. 297. Auch in ihm konnte, nachdem der Gläubiger das ihm in alter Zeit zustehende Recht zu außergerichtlicher Pfandnahme verloren hatte und nur noch auf Grund richterlichen Urteils pfänden durfte, ihm die Ermächtigung zur Privatpfändung durch Exekutivklausel zurückgegeben werden, vgl. Planitz, Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht I S. 284ff.

Am stärksten zeigt sich nach R. der Gegensatz der beiderseits angewandten Methoden in der Bewertung des zweitnächsten Satzes, von dem der vorausgehende nicht zu trennen ist: *καὶ ἐπεργασίας δέ τις εἰ εἴργοιτο, δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι πρὸς τὸν εἴργοντα ἐξούλης. καὶ περὶ ἀνδραπόδου δὲ καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι.* Gegen die Richtigkeit der ersten auf das Gesetz sich berufenden Angabe hat auch R. nach wie vor keinerlei Einwand zu erheben, bezeichnet es aber trotzdem als wenig vorsichtig, ihr Glauben zu schenken, S. 309. Von dem zweiten Satze aber zog er die Echtheit in Zweifel, weil er nur in einer Handschrift der sogenannten Epitome Harpokrations erhalten sei. Dagegen hielt ich ein, daß nicht bloß dieser Satz allein in der kürzeren Fassung des Lexikon bewahrt ist, sondern, was R. S. 307 zu sagen unterläßt[1]), auch die beiden vorausgehenden, die zu verdächtigen niemand in den Sinn kommen kann. Entfällt aber damit jeder Anlaß, die Echtheit des Satzes in Frage zu stellen, so fehlt ebenso jeder Grund, ihn für entstellt oder an eine unrichtige Stelle geraten zu halten, solange nicht erwiesen ist, daß er in dem überlieferten Zusammenhange sich nicht erklären läßt. Dies

---

[1]) Dafür trägt er nach, daß das Sätzchen in dem Kodex oder vielmehr dem Lexikon Coislin. 177 fehlt, und läßt dahingestellt, ob darauf Wert zu legen sei. Vielmehr war das entschieden zu verneinen, da die Weglassung bei einem Zeugen gegenüber der Übereinstimmung aller anderen nichts beweisen kann. Wie schwer es übrigens R. wird, begangene Fehler einzugestehen, zeigt besonders deutlich S. 313 Anm. 1. wo er seine unmögliche Auffassung von *δίκην λαβεῖν παρά τινος* bei Lysias XXIII 12 zwar preisgibt, aber mit der Wendung, seine Auslegung der Stelle und nicht die meine 'dürfte' falsch sein.

aber ist sehr wohl möglich, wenn man mit mir aus dem vorausgehenden Satze ergänzt *δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι ἐξούλης*, die dem *εἴ τις εἴργοιτο* analoge Bildung des Vordersatzes aber durch die freiere Fügung *περὶ ἀνδραπόδου καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι* ersetzt denkt, ein Mangel an präzisem Ausdruck des Gedankens, der aber dem Grammatiker mindestens in gleichem Maße zur Last fallen würde, wollte man mit R. daran denken, den Satz an eine frühere Stelle des Artikels zu versetzen. Wenn R. diesen Anschluß des Satzes an das Vorausgehende darum für unmöglich erklärt, weil dann das Gesetz über die Bebauung fremden Bodens die *δ. ἐ.* wegen jeder beweglichen Sache gebe, so liegt dem Einwand die willkürliche Unterstellung zugrunde, daß bei meiner Ergänzung in beiden Sätzen dasselbe Einzelgesetz verstanden sein müsse. R. setzt freilich voraus, daß ein größeres Gesetz über die *ἐξούλη* gehandelt habe. Aber auf eine andere Auffassung führt die Analogie zahlreicher Gesetzesbestimmungen, in denen die Zuständigkeit von Klagen geregelt wird. An das Gebot oder häufiger an das Verbot, etwas zu tun, wird sofort die Bezeichnung des Rechtsmittels angeschlossen, das gegen Zuwiderhandelnde zu gebrauchen ist, wie z. B. *ἐὰν δέ τις ἐκδῷ (ἀργύριον) παρὰ ταῦτα, εἶναι τὴν φάσιν καὶ τὴν ἀπογραφὴν τοῦ ἀργυρίου πρὸς τοὺς ἐπιμελητάς κτλ.* und ähnlich oft. Nur auf *ἐξούλη* kann unter den verschiedenen Rechtswegen, die gegen Übertretung des Bergwerksgesetzes nach Demosth. XXXVII 35f. einzuschlagen waren, die Klage gegangen sein *ἐάν τις ἐξείλλῃ τινὰ τῆς ἐργασίας (τῶν μετάλλων)*, wie im Falle des Mekythos nach A. R. S. 635. Erst aus der Mitte des vierten Jahrhunderts stammt der zusammenfassende *νόμος εἰσαγγελτικός*. Wenn übrigens R. es für Willkür erklärt, gerade nur auf den in Rede stehenden Satz des Harpokration die folgende Berufung auf Isaios und Lysias zu beziehen, so trifft das nicht auf mich zu, wie meine unzweideutigen Worte S. 5 ausweisen. Aber dem Harpokration zu glauben, was sein Satz bei unbefangener Interpretation allein besagen kann, daß die *δ. ἐ.* gegen Wegnahme auch beweglichen Gutes stattfand, lehnt R. trotz seinem früheren Zugeständnis, daß 'die Klage grundsätzlich nicht auf Grundstücke eingeengt

ist' (I S. 352), entschieden ab, ohne andere Begründung, als daß es undenkbar wäre, auf dem Gebiete des römischen Rechts 'derartige Glaubenssätze zum Ersatz der Rechtsgeschichte' zu nehmen. Als ob das Quellenmaterial, auf das wir bei Ermittelung des griechischen Rechts angewiesen sind, nur im entferntesten den Vergleich mit dem aushalten könnte, das uns für das römische Recht zu Gebote steht. Daß die von mir selbst erwogene Konkurrenz mit der *δίκη βιαίων* gegenüber der Tatsache, die R. nicht zu leugnen vermag, daß das attische Recht gegen nicht wenige Delikte eine Mehrzahl von Rechtsmitteln zur Verfügung stellte, zu keinem Bedenken berechtigt, wird unten noch weiter zu begründen sein.

Nach allem hat es bei dem schon früher gewonnenen Ergebnis lediglich zu bewenden, daß die Glaubwürdigkeit von Harpokrations Angaben in keinem Stücke erschüttert ist. Darum konnte für mich gar nicht in Frage kommen die Aufgabe, die ich nach R. S. 298 völlig übersprungen haben soll, 'aus der Grammatikerglosse den zugrunde liegenden Rechtsfall zu gewinnen'. Da, wo zu einem solchen Versuch sich Veranlassung bot und er Erfolg versprach, habe ich es an ihm nicht fehlen lassen, wie bei der Polluxstelle, mit der R. I S. 371 nichts Rechtes anzufangen wußte, vgl. jetzt S. 310. Zu welchem Erfolge seine eigenen Versuche führen, 'durch vorsichtige Verengerung des vom Grammatiker laienmäßig skizzierten Tatbestandes zu einem brauchbaren Sinn zu gelangen', kann S. 308 zeigen, wo die Auslegung des zuletzt besprochenen Harpokrationsatzes zu dem Ziele kommt, daß ihm eine Rednerstelle über die *δ. ἐ.* zugrunde liegt, 'in der von beweglichen Sachen irgendwie die Rede war'.

Schon mit dem gewonnenen Ergebnis ist aber auch der These von R. vom Wesen der *δ. ἐ.* die Grundlage entzogen. Bereits Beauchet hatte die Zuständigkeit der *δ. ἐ.* auf die vier Fälle beschränkt, für die vorsichtiger Leist sie für zweifellos erklärt hatte, für den Sieger im Prozeß, den Pfandgläubiger, den suus heres und den Erwerber vom Staate. R. glaubt nun den Schlüssel zur Auswahl dieser Fälle, zu denen er, wenn auch nur bedingt, das Recht auf

Bebauung fremden Bodens[1]) fügt, in dem zu finden, was ihnen allen gemeinsam sei, in dem Rechte zum eigenmächtigen Besitzerwerb. Zwar diene die Klage nicht nur dem Schutze der Besitznahme, sondern auch der Besitzverteidigung, 'jedoch wohlgemerkt, indem sie nach unsern Quellen auch in der defensiven Bedeutung immer bloß denselben Titelinhabern zusteht, wie in der aggressiven. — Schon dies läßt darauf schließen, daß der leitende Gedanke unseres Klageschutzes dort zum Ausdruck kommt, wo das Recht zum eigenmächtigen Zugriff gedeckt wird.' Allein die Verwendung der Klage zum Schutze des schon erworbenen Besitzes auf jene Kategorien zu beschränken, geht solange nicht an, als nicht das Recht erwiesen ist, den Harpokration aus der Zahl unserer Quellen zu streichen. Denn nicht nur in jenem mit Unrecht angefochtenen Sätzchen, sondern, wie schon hervorgehoben, auch im ersten und ebenso im letzten Satze seines Artikels weist er der Klage eine allgemeine Bedeutung zum Schutze des Besitzes überhaupt zu, wenn ich auch dem im Schlußsatz gebrauchten Ausdruck *ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ἰδίων ἐκβαλλομένου* nach wie vor (S. 9) kein entscheidendes Gewicht beilege. Und auch der Fall bei Isaios V 22 fügt sich nicht der beschränkenden Regel, wo Menexenos aus einem Badhaus, das Dikaiogenes ihm *ἀναμφισβήτητον* zu übergeben versprochen hat, den Mikion ausweist, der es durch *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* von Dikaiogenes besitzt und, weil dieser sich widersetzt, gegen ihn die *δ. ἐ.* anstrengt. Mit Unrecht folgerte R. aus der Stelle I S. 347, daß 'die Selbsthilfe sich auf die nächstanschließende Verteidigung des eigenmächtig erlangten Besitzes erstreckt'.[2]) Hierauf von mir S. 8 hingewiesen, sucht er jetzt S. 310 der Stelle mit der Annahme gerecht zu werden, daß dem Käufer *ἐπὶ λύσει* ebenso wie dem Faustpfand-

---

[1]) Daß es sich nicht auch um den Schutz des sein eigenes Grundstück Bebauenden handeln kann (I S. 351), gibt R. S. 309 jetzt mir stillschweigend zu.

[2]) Daß es ihm nicht eingefallen sei, daß Mikion den Besitz selber eigenmächtig ergriffen habe, versichert R. S. 310 Anm. 4. Wer ist dann aber der Verteidiger des eigenmächtig erlangten Besitzes in der Isaiosstelle, aus der mit 'also' der obige Satz abgeleitet wird?

gläubiger, während er noch nicht das Eigentum erlangt hat, die δ. ἐ. zustehe, weil ihm der gleiche Schutz zukomme wie dem Hypothekar nach der eigenmächtigen Besitzergreifung. Aber auch damit wird über die Kategorien hinausgegangen, denen nach unseren Quellen die δ. ἐ in ihrer defensiven Bedeutung allein zustehen soll. Wenn sie übrigens auch dem Faustpfandgläubiger eingeräumt wird, so liegt auch hierin das Anerkenntnis, daß sie nicht bloß auf Grundbesitz beschränkt ist.

Schon den alten Antiquaren hatte sich die Doppelseitigkeit der δ. ἐ. aufgedrängt, die sie einmal als Exekutionsklage gegen den, der dem richterlichen Urteil nicht Folge leistet, und andererseits als Rechtsmittel für den erscheinen läßt, der aus seinem Besitze verdrängt oder an der ihm zustehenden Besitzergreifung verhindert wird. Wenn es unmethodisch sein soll, 'die δ. ἐ. dem Eigentümer ohne Prozeß zuzuschreiben, wenn die Quellen sie immer wieder dem Sieger im Prozeß geben', S. 309, so hilft auch R.s These darüber nicht hinweg. Die Fälle, für die sie in der zweiten Funktion bezeugt ist, veranlaßten mich, sie als Besitzstörungsklage zu bezeichnen. Daß es aber nicht wahr ist, wenn R. mich behaupten läßt, ein jedes Besitzrecht genüge, lehrt ein Blick in mein Buch S. 666 oder 667f. Aber überhaupt als Besitzstörungsklage wird die δ. ἐ. nicht gelten gelassen und darum gerügt S. 297, daß ich an Stelle einer Theorie der Klage eine Aufzählung von Anwendungsfällen ohne erkennbaren Zusammenhang biete. Auch daß es sich um eine Deliktklage handelt, soll ich erst jetzt zugestehen, aber nicht untersuchen, worin das Delikt besteht und ob sein Tatbestand keine Einheitlichkeit aufweist. Die erstere Behauptung ist nur insoweit richtig, als ich nicht das bestimmte Wort, sondern den andern Ausdruck Pönalklage gebraucht hatte; als solche war die δ. ἐ. durch ihre Einreihung unter die δίκαι κατά τινος gekennzeichnet und diese noch besonders S. 673 und S. 668 begründet. Das hindert R. freilich nicht, zu behaupten, ich sehe als 'Grundfigur einen dinglichen Anspruch oder ein Urteil auf Herausgabe im Gegensatz zu Buß- und Feststellungsprozessen' an und verbaue mir damit das Verständnis der für unser Thema

maßgebenden Quellen. Und dies mit noch weitergehenden Folgerungen ohne andere Begründung, als daß ich S. 666 sage, die Klage sei als actio iudicati dazu bestimmt, dem Sieger im Prozeß zum Besitz der ihm gerichtlich zugesprochenen Sache zu verhelfen, und Ähnliches S. 664 und 672! Die vermeintliche Einheitlichkeit im Tatbestand der Klage aber muß ich eben nach wie vor in Abrede stellen. Denn wenn sie auch in der Mehrzahl der uns bezeugten Fälle der Schutz 'eines selbsthilfeweise Zugreifenden gegen die den Zugriff hindernde Person' ist, so folgt daraus durchaus nicht das Zwingende der auf ihr eigentliches Wesen gezogenen Schlüsse. Nur in sehr bedingtem Maße ist es auch richtig, was ich verkannt haben soll, daß 'die attische *δίκη* ein Klageindividuum ist mit bestimmtem Tatbestand und bestimmtem Ziel', noch unberechtigter aber, von einem System der Klagen zu reden, in dem eine jede ihre feste Stellung einnimmt. Die Summe der Klagen, die wir aus den Prozeßreden der attischen Redner kennenlernen, ist das Ergebnis der jahrhundertlangen gesetzgeberischen Arbeit, die, wie ich an anderem Orte ausgeführt habe, auf dem von Solon gelegten Grunde den Bedürfnissen des immer reicher sich entfaltenden Verkehrslebens sich geschickt anzupassen verstanden hat. Aber wie wenig das attische Recht es zu einer scharfen Ausprägung der Rechtsbegriffe gebracht hat, kann schon die eine bezeichnende Tatsache lehren, daß es sich nicht einmal den Unterschied der Begriffe Eigentum und Besitz zu klarem Bewußtsein gebracht und darum für den ersteren keinen besonderen Ausdruck geschaffen hat. Die schon berührte Klage *βιαίων* richtete sich ebenso gegen gewaltsame Wegnahme einer beweglichen Sache, wie gegen Notzucht einer freien Person männlichen oder weiblichen Geschlechts oder ihren Raub zum Zwecke der Notzucht, aber mit ganz verschiedenen Straffolgen; erst eine spätere Zeit schied die letztere Verwendung der Klage von der ersteren als besondere *δ. βίας*. Das im Wortlaut aufbewahrte Gesetz über *ὕβρις* bestimmte ihren Tatbestand so wenig scharf, daß es zu den Worten *ἐάν τις ὑβρίσῃ εἴς τινα ἢ παῖδα ἢ γυναῖκα ἢ ἄνδρα τῶν ἐλευθέρων ἢ τῶν δούλων* den auch in einem anderen Gesetze wiederkehrenden Zusatz fügt *ἢ πα-*

ϱάνομόν τι ποιήσῃ εἰς τούτων τινά, der es gegen jeden gesetzwidrigen Angriff auf die Person eines Freien oder Sklaven verwendbar macht.[1]) Und für eine ganze Reihe von Klagen zeigt die Mannigfaltigkeit der Fälle, in denen von ihnen Gebrauch gemacht wird, wie wenig scharf der Begriff der Delikte, zu deren Ahndung sie bestimmt waren, vom Gesetze gefaßt und wie weiter Spielraum somit dem richterlichen Ermessen gelassen war, das über ihre Anwendbarkeit zu entscheiden hatte. Für eine genaue Abgrenzung des Geltungsbereichs der einzelnen Klagen und eine durch feste Gesichtspunkte bedingte Gliederung der Rechtsmittel war also auch durch die Revision der Gesetzgebung unter Eukleides nicht Sorge getragen. An der Verwendbarkeit verschiedener Klagen gegen dieselbe Rechtsverletzung wird man um so weniger Anstoß genommen haben, als man gerade darin einen besonderen Vorzug der attischen Gesetzgebung erblickte, daß sie die Möglichkeit gewährte, zwischen verschiedenen Rechtsmitteln zu wählen. Die Belege dafür, die dem Kenner des attischen Rechts geläufig sind, sind zahlreich genug, um die Konkurrenz zweier Klagen nicht darum zu beanstanden, weil die Frage keine sichere Beantwortung zuläßt, 'ob ihre Konkurrenz die Folge sich schneidender Grundgedanken der Klagen' ist. Aber ein einheitliches System der attischen Klagen voraussetzen, was erst dazu berechtigen würde, eine Antwort auf jene Frage zu fordern, das heißt das attische Recht nach einem Maßstab beurteilen, der nicht ihm selbst entnommen, sondern von fremdher auf es übertragen ist. Für solche Art der Rechtsvergleichung bekenne ich allerdings kein Verständnis zu besitzen (R. S. 297).

Um dem Problem der *δ. ἐ.* gerecht zu werden, muß man von dem Gesetze Solons ausgehen, nach dem wir ihre Einrichtung auf diesen zurückzuführen haben, wenngleich in ihm nur das Verbum begegnet, von dem sie den Namen erhalten hat. Als Solon bei Grundlegung des attischen Pri-

---

[1]) Den Zusatz mit Hitzig, Iniuria S. 35 dahin zu verstehen, daß das *παϱάνομόν τι ποιεῖν* Ausfluß der *ὕβϱις* sein müsse, verbietet die disjunktive Fassung des Satzes.

vatrechts der früher geübten Selbsthilfe noch insoweit Rechnung trug, als er die Vollziehung des richterlichen Erkenntnisses der siegreichen Partei überließ, mußte ihm daran gelegen sein, sie durch gesetzlichen Schutz gegen den Widerstand der unterlegenen Partei sicherzustellen. Diesem Zwecke diente sein Gesetz, das durch glückliche Funde uns erhalten ist: ἐάν τις ἐξείλλῃ ὧν ἂν δίκην νικήσῃ, ὅτου ἂν ἄξιον ᾖ, καὶ εἰς δημόσιον ὀφλεῖν καὶ τῷ ἰδιώτῃ, ἑκατέρῳ ἴσον. Die Auslegung des Gesetzes ist bedingt durch das Verständnis des Wortes ἐξείλλειν. Harpokration erklärt es mit ἐξωθεῖν und ἐκβάλλειν, der ältere Grammatiker Krates, dem wir die Erhaltung des Gesetzes verdanken, mit εἴργειν im Sinne von κωλύειν, so daß er die δ. ἐ. geradezu als δ. τῆς κωλύσεως bezeichnet. Beide Deutungen verbindet Pollux VIII 59, der die Klage stattfinden läßt ὅταν τις τὸν ἐκ δημοσίου πριάμενον μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι, ἃ ἐπρίατο, ἢ τὸν νικήσαντα ἃ ἐνίκησεν, ἀλλ' ἢ ἔχοντα ἐκβάλλῃ ἢ σχεῖν κωλύσῃ ἤ αὐτὸς ὁ ὀφλὼν ἢ ἄλλος ὑπὲρ αὐτοῦ. Kann schon in dieser offenbar aus bester Quelle geschöpften Erklärung nicht nur 'die nächstanschließende Verteidigung' des ergriffenen Besitzes (R. I S. 347) gemeint sein, so liegt nicht das mindeste Recht vor, in dem andern alten Gesetze, in dem das Verbum ἐξείλλειν gebraucht ist, dem schon angeführten Bergwerksgesetz bei Demosth. XXXVII 35, es nur von dem Widerstande gegen die Besitzergreifung von einem Bergwerke, nicht auch von der Vertreibung aus seinem schon ausgeübten Betriebe zu verstehen. Denn über seine Bedeutung 'verdrängen, herausdrängen' kann nach der Verwendung von ἀπείλλειν oder ἀπίλλειν in einem andern solonischen Gesetz bei Lysias X 67 ὅςτις ἀπείλλει τῇ θύρᾳ ἔνδον τοῦ κλέπτου ὄντος, wo es der Redner durch ἀποκλῄει erklärt, und nach seiner Verwandtschaft mit dem in nichtattischer Sprache häufigen εἰλλέω kein Zweifel bestehn. Ob das Gesetz von Krates vollständig aufbehalten ist, darf mindestens fraglich erscheinen. Dagegen läßt sich geltend machen, daß dann der auffallende Umstand seine einfachste Erklärung finden würde, daß als Folge einer Verurteilung nicht die Herausgabe des Streitgegenstandes, sondern nur die Zahlung von dessen Wert auch an den Sieger im Prozeß genannt wird,

eine Schwierigkeit, die von R. I S. 353 zwar bemerkt, aber nicht gehoben ist. Daß aber in dem Gesetze nicht noch andere Fälle aufgeführt waren, in denen die Klage stattfand, dafür spricht die von Harpokration berichtete Meinung des Kaikilios, sie sei auf die Exekutionsinstanz beschränkt gewesen, zu der er dann weit besseren Grund hatte, als durch bloßen Rückschluß aus ihm vorliegenden Reden.[1]) Daß in seiner und der vorausgehenden Zeit Solons Gesetztafeln Gegenstand mannigfacher gelehrter Arbeit gewesen sind, ist ja eine bekannte Tatsache. Erst durch andere Gesetze wird also der Klage ein weiteres Geltungsgebiet gegeben worden sein, wie nicht selten die für bestimmten Zweck geschaffenen Klagen auf ähnliche Fälle übertragen worden sind, wie z. B. *ἐὰν δέ τις ἐκδῷ ξένην γυναῖκα — γραφέσθων — πρὸς τοὺς θεσμοθέτας οἷς ἔξεστι καθάπερ τῆς ξενίας* u. ä. ö. Soweit die Klage dem suus heres und dem Pfandgläubiger zusteht, die zur *ἐμβάτευσις* in das zugefallene Erbe und das verfallene Pfand berechtigt sind, dient sie dem Schutze der eigenmächtigen Besitznahme. Soweit sie dem Käufer und Pächter vom Staate ebenso wie dem Inhaber eines Bergwerks und dem zur Bebauung fremden Bodens Berechtigten zukommt, dient sie mindestens in gleichem Maße dem Schutze des schon erlangten Besitzes. Störung des Besitzes liegt, wie gezeigt, ebenso wie Widerstand gegen Besitzergreifung im Begriffe von *ἐξείλλειν* und nur auf den Schutz gegen letzteren die Absicht der Klage überhaupt gerichtet zu denken, geht um so weniger an, als wir kein Recht dazu haben, die ihre Zuständigkeit regelnden Bestimmungen als Ausfluß eines einheitlichen gesetzgeberischen Gedankens zu betrachten. Läßt sich doch auch für die Zeit Solons wohl das Bestehen der *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* in Attika erweisen, nicht aber das der Hypothek, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach erst aus jener entwickelt hat, vgl. A. R. S. 693. Ob aber der durch die Klage gewährte Schutz einem jeden Besitz zustand oder nur dem Besitze, der auf solchen Schutz besonderen Anspruch zu haben schien, das ist eine Frage, die, wie ich schon früher ausgesprochen habe,

---

[1]) Hiernach ist das A. R. S. 665 f. Gesagte zu berichtigen.

sofern unser Quellenmaterial überhaupt zu ihrer Entscheidung ausreicht, nur im Zusammenhange einer umfassenden Untersuchung über den attischen Eigentumsstreit beantwortet werden kann.

Daß als Vorbereitung der δ. ἐ. die ἐξαγωγή dient, d. i. die Ausweisung dessen, der sich in den Besitz eines Grundstücks oder einer anderen Sache setzen will, darin ist R. mit mir gegen Mitteis einig und ebenso darin, daß diese eine Entwickelung durchgemacht hat. Während sie ursprünglich eine gewaltsame war, kann die nach Isaios V 22 von Menexenos versuchte ἐξαγωγή des Mikion aus dem durch πρᾶσις ἐπὶ λύσει von ihm besessenen Badhaus, wie A. R. S. 668 gesagt ist, nur in der Weise erfolgt sein, daß er gewisse Handlungen vornahm, durch die er sich ein Besitzrecht beilegte. Noch weiter ist die Entwickelung gegangen nach der unter Demosthenes' Namen überlieferten Rede gegen Zenothemis (XXXII). Zu einer bloßen Protesterklärung, sei es mit oder ohne Angreifen der Sache, glaubt R. S. 311 die ἐξαγωγή abgeschwächt und versucht, ähnlich wie schon I S. 369, 'den bisher dunkelsten Punkt' in dem schwierigen Rechtsfall zu erklären. In den Worten § 17 ἐξῆγεν αὐτὸν (Ζηνόθεμιν) ὁ Πρῶτος. — οὑτοσὶ δ' οὐκ ἐξήγετο οὐδ' ἂν ἔφη διαρρήδην ὑπ' οὐδενὸς ἐξαχθῆναι, εἰ μὴ αὐτὸν ἐγὼ ἐξάξω[1]) sei enthalten, daß Protos, soviel an ihm lag, die Ausweisung vollzogen, Zenothemis aber trotz der Wehrung die Vollstreckung fortzusetzen erklärt habe. Daß eine solche ihm zugestanden habe, schloß R. aus den unmittelbar vorausgehenden Worten εἴχετο τοῦ σίτου, die er dahin mißverstand, daß sie zwar 'nicht unbedingt Besitz, so doch mindestens eine Verfangenschaft bedeuteten', als stünde das Aktivum da, wie in der verglichenen Isaiosstelle. Auf diese Mißdeutung von mir hingewiesen, findet er jetzt in

[1]) Wenn ich zu der Annahme, mit der R. die Weigerung des Zenothemis, sich ausweisen zu lassen, erklären will, bemerke (S. 11), daß er damit sich in Widerspruch mit der Sachdarstellung des Sprechers setze, so füge ich ausdrücklich hinzu: 'gegen die R. kein Bedenken äußert'. Damit ist also sehr wohl vereinbar, wenn ich S. 12 meinerseits davor warne, der Begründung der Ansprüche des Sprechers zu viel Vertrauen zu schenken.

dem *οὐκ ἐξήγετο* nur noch den Sinn, 'er kümmerte sich nicht um die Ausweisung', dem damit ein recht sonderbarer Ausdruck gegeben wäre. Gegen meinen andern Vorhalt, daß Protos auch nicht, soviel an ihm lag, die Ausweisung vollzogen haben könne wegen der Worte § 19 *ὁ Πρῶτος διεμαρτύρετο ἐξάγειν βεβαιοῦν ἀναπλεῖν ἐθέλειν εἰς τὴν Σικελίαν*, beruft sich R. auf die von einigen neueren Herausgebern in den Text gesetzte Vermutung *βεβαιῶν*, mit der ich mich nicht auseinandergesetzt habe. Darauf durfte ich aber verzichten, weil eine Konjektur erst dann Beachtung verdient, wenn zuvor die Unrichtigkeit der Überlieferung bewiesen ist und sie selbst dem geforderten Gedanken entspricht, während das *διεμαρτύρετο ἐξάγειν* obtestabatur ut educerem mit dem folgenden *οὐκέτι αὐτῷ μέλειν* in unausgleichbarem Widerspruch stehen würde. Dagegen ist durch *ἐξῆγεν*, 'er versuchte auszuweisen', die Wiederholung des Versuchs natürlich nicht ausgeschlossen. Auf diesem Wege ist also die Schwierigkeit nicht gehoben. Man müßte vielmehr annehmen, daß die Getreideladung von Protos in einem öffentlichen Speicher, wie sie im Peiaireus ebenso wie später in Alexandreia und anderwärts bestanden haben müssen, untergebracht, seiner freien Verfügung aber durch den von Zenothemis auf sie fortgesetzt erhobenen Anspruch entzogen worden sei, bis Demon sie übernahm und nun seinerseits die *ἐξαγωγή* vollzog. Ich hatte der andern Annahme den Vorzug gegeben, daß in der Zeit der Rede die *ἐξαγωγή* bereits zu einer symbolischen Handlung geworden war, die durch einen gemeinsamen Willensakt des *ἐξάγων* und des *ἐξαγόμενος* zustande kam. Wenn R. dagegen das Bedenken erhebt, was mit einer Deliktsklage ein symbolischer Vertrag zu tun habe, so kann ich ihm die Frage zurückgeben, wie eine bloße Protesterklärung zu einer Deliktsklage berechtigen konnte, zumal er I S. 368 geurteilt hatte, das attische Recht der Rednerzeit scheine den Deliktscharakter der *δ. ἐ.* noch deutlich ausgeprägt zu halten. Für jene Annahme aber schien die Analogie der deductio quae moribus fit zu sprechen, die schon Meier auffiel und zuletzt Mitteis dazu führte, das römische Institut aus der *ἐξαγωγή* abzuleiten, allerdings von einer Auffassung der letzteren aus,

gegen die ich mich schon A. R. S. 670 Anm. 120 gewandt habe. Zu der dort verwerteten Stelle aus Isaios V gesellt sich noch eine andere, dort nur angeführte, in der es sich gleichfalls um *ἐξαγωγή* des Besitzers handelt, bei Hypereides f. Lykophr. C. 47 (45) *οὐκ ἔδει δήπου αὐτοὺς κωλύειν τοὺς ἐγγυτάτω γένους ἐξάγειν τὸν Εὔφημον, ἀλλ' ἐᾶν.*[1]) Euphemos ist der *κύριος* der von ihrem früheren Gatten schwanger hinterlassenen späteren Frau des Charippos, der von jenem zum Vormund des von ihr zu gebärenden Kindes eingesetzt war; die Witwe hat Gebrauch gemacht von ihrem Rechte, im Hause des Gatten zu bleiben, das unter der Verwaltung von Euphemos steht. Die nächsten Seitenverwandten des Verstorbenen planten darum seine *ἐξαγωγή*, wiewohl ihnen selbst im Falle des Todes des Kindes weder die *ἐμβάτευσις* zustand, noch das Erbe zufiel, da andere (*αὐτούς*) durch Testament zu Nacherben bestellt waren.

---

[1]) Von *ἐξάγειν* ist außer den vier letzten Buchstaben *ξ* nur von Blaß gelesen, von Jensen nicht erkannt, die Ergänzung aber unzweifelhaft.

III.

Erzrichter und Chrematisten.

Untersuchungen zum Mahn- und Vollstreckungsverfahren im griechisch-römischen Ägypten.

Von

Herrn Prof. Dr. **Paul Jörs**
in Wien.

(Fortsetzung.)[1]

V. Widerspruch *(ἀντίρρησις)*.

Wesentlich für das Mahn- und Vollstreckungsverfahren war seine Einseitigkeit. Auf Antrag des Gläubigers allein ergingen Beschlüsse, Verfügungen und, soweit unsere Quellen ein Urteil gestatten, überhaupt alle Maßregeln, die zur Einleitung und Durchführung der Pfändung und des Verfalles des Pfandes erforderlich waren. Dem Schuldner stand für die Wahrung seiner Rechte der Widerspruch (*ἀντίρρησις*) frei[2], auf Grund dessen er eine richterliche Entscheidung herbeiführen konnte.

1. Zulässigkeit des Widerspruches.

Die *ἀντίρρησις* läßt sich nachweisen[3])

gegenüber dem Zahlungsauftrag (*διαστολικόν*; vgl. XXXVI

---

[1]) Vgl. Bd. XXXVI, Rom. Abt., S. 230ff.

[2]) Vgl. im allgemeinen: Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 28ff. 38f.; Mitteis, Grundzüge 126f. 128. 160; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 78f. 83.

[3]) Sie wird hier nur insoweit behandelt, als sie sich auf das Mahn- und Vollstreckungsverfahren bezog. Über die Frage, ob sie nicht auch gegenüber der *δημοσίωσις* zulässig war, s. Jörs, Z. Sav. St. XXXIV 154f. Zu den dort genannten Urkunden, aus denen eine Zustellung im Verlautbarungsverfahren entnommen werden kann, treten neuerdings hinzu Oxy. 1276, $_{19}$. 1473, $_{41}$f. $_{43}$f. 1474, $_{4}$. 1560, $_{7}$; Meyer, Griech. Texte 8, $_{31}$ff.

231f.) in Oxy. 68 (Chrest. II 228); BGU. 1038, [$_{23}$][1]) (Chrest. II 240) und Oxy. 1203[2]),

gegenüber dem χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας (XXXVI 234f.) in BGU. 970, $_{25}$ (Chrest. II 242)[3]); Leipz. 120, $_{12}$ (Chrest. II 230); Giess. 34 (Chrest. II 75)[4])

---

[1]) Die hier von Mitteis sicher richtig eingesetzte ἀντίρρησις muß auf ein vorhergehendes διαστολικόν des Mahnverfahrens bezogen werden, weil vor der ἔντευξις, in welcher der Gläubiger um den Pfändungsbeschluß nachsucht, kein anderer Akt in Frage kommen kann.

[2]) Über diese Urkunde, die manche Besonderheit enthält, aber leider mehr Rätsel knüpft als sie löst, vgl. Wenger, Krit. Vierteljahrsschrift L 559ff.; Lewald, Z. Sav. St. XXXIII 632ff. Hier kommt es darauf an, den rechtlichen Charakter der zwischen den Parteien gewechselten Schriftstücke zu bestimmen. Zunächst machte der Gesuchsteller, dessen Name verloren ist (X), eine durch Hypothek gesicherte Forderung gegen seinen Schuldner Leonides geltend ($_{7}$f. $_{13}$f. $_{26}$). Daß das auf dem Wege des Mahnverfahrens geschah, wird nicht gesagt, ist aber aus dem Inhalt der vorliegenden Eingabe zu vermuten. Über den Zahlungsauftrag scheint der Gläubiger noch nicht hinausgekommen zu sein. Denn wenn der Schuldner die verpfändete Sache verkaufen konnte und der Gläubiger demgegenüber nicht behauptete, daß das Eigentum auf ihn selbst übergegangen sei, sondern nur auf die Unzulässigkeit der Veräußerung hinwies, so war offenbar weder der Verfall eingetreten, noch die ἐμβαδεία vollzogen; eine ἐνεχυρασία aber kommt bei der Hypothek nicht in Frage. Der Schuldner Leonides machte nun eine Gegenforderung im Mahnverfahren auf dem gewöhnlichen Wege (ἐκ τοῦ καταλογείου) geltend ($_{16}$ff.): darin lag offenbar ein Widerspruch gegen den Zahlungsauftrag des X, gleichviel ob dessen Forderung ausdrücklich bestritten war oder ob sie durch die Aufrechnung getilgt werden sollte. Dieser Gegenforderung des Leonides setzt X in der vorliegenden Eingabe seinerseits den Widerspruch entgegen (vgl. besonders $_{22}$ff.): auch hier haben wir also eine ἀντίρρησις gegen ein διαστολικόν. (Über den Adressaten der zuletzt erwähnten Eingabe s. unten S. 57, $_{3}$). — Auf den sonstigen Inhalt von Oxy. 1203 soll hier kurz hingewiesen werden, um sein Verhältnis zu dem Vorhergehenden klarzustellen: um eine ἀντίρρησις handelt es sich in ihm nicht. Wie eben hervorgehoben, veräußerte der Schuldner die mit der Hypothek belastete Sache, der Gläubiger stellte darauf dem Käufer ein διαστολικόν zu, durch das er die Rechtmäßigkeit der Veräußerung bestritt. Darin liegt eine Rechtsverwahrung des Gläubigers gegenüber einem Dritten. Näheres ist aber nicht bekannt: man könnte vielleicht (!) an ein διαστολικόν nach Art von Oxy. 1270 denken. Ob dieses aber im Mahn- und Vollstreckungsverfahren Berücksichtigung finden konnte, ob seine Erledigung nicht vielmehr ganz dem ordentlichen Verfahren anheimfiel, muß dahingestellt bleiben.

[3]) Die ἀντίρρησις ($_{25}$) wird in dieser Urkunde freilich im Anschluß

und gegenüber der *παράδειξις* (XXXVI 317ff.) in Lond. III 132f. Nr. 908 (Chrest. II 229).[1])

Bei den späteren Akten des Vollstreckungsverfahrens fehlt es an sicheren Belegen für die Zulässigkeit des Widerspruches. Das gilt vor allem hinsichtlich der *προςβολή* und *καταγραφή*, die ja nur das ausführten, was im *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und seiner Ergänzung durch die *παράδειξις* begründet war. Am wenigsten könnte man sich eine *ἀντίρρησις* gegen die *καταγραφή*, einen rechtsgeschäftlichen Akt (XXXVI 303ff.), vorstellen. Anders liegt die Sache bei der *ἐμβαδεία*, die, wie die *ἐνεχυρασία*, durch einen besonderen Beschluß der Chrematisten verhängt wurde. Hier steht wenigstens das fest, daß in Oxy. 653, Catt. Verso und vielleicht auch in BGU. 832 Fälle vorkommen. in denen über das Recht des Gläubigers gestritten wurde, nachdem die Besitzeinweisung und — so müssen wir schließen — der Verfall des Eigentumes stattgefunden hatte. Es handelt sich in ihnen um Hypotheken, und da bei diesen kein *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* erging und auch das *διαστολικόν* ausgeschaltet werden konnte, also insoweit auch kein Wider-

---

an den Zahlungsauftrag ($_{23}$f.) genannt: dann erst ist von dem Pfändungsbeschluß ($_{26}$) die Rede. Damit soll aber schwerlich die zeitliche Reihenfolge der Akte zum Ausdruck gebracht und des Widerspruches nur als einer der Vergangenheit angehörenden Tatsache gedacht werden. Der Pfändungsbeschluß wird von der Gläubigerin zur Unterstützung ihrer weiteren uns nicht mehr erhaltenen Ausführungen herangezogen ($_{25}$f.): *Ἄχ[ρι] δὲ οὗ [ἂν ? τὰ ?] ἑξῆς ἐπιτελῶ διὰ τοῦ ξενικῶν πράκτ[ορος] ἀκ[ολο]ύθως ᾗ παρεκόμισα ἐνεχυρ[ασί]α* . . . . (vgl. Preisigke, Berichtigungsliste S. 85). Diese Worte lassen erkennen, daß das Anrufen des Statthalters sich zwischen den Beschluß und seine Ausführung einschiebt. Offenbar will die Gläubigerin den Beschluß aufrechterhalten: er wird also durch den Widerspruch betroffen. Vgl. unten S. 95ff.

[4]) Das Nähere über diese Urkunde s. unten S. 58ff.

[1]) Vgl. oben XXXVI 325f. Wilcken und Grenfell Hunt (Arch. f. Pap. IV 548) haben den Text folgendermaßen hergestellt ($_{23}$ff.): *καθ' ἣν] παρεκομισάμην ἐνεχυρασίαν καὶ παρέδει[ξα —] — διεστείλατό μοι ὑπόμνημα κτλ.* Auch bei dieser Ergänzung müßte die *ἀντίρρησις* den letzten der beiden genannten Akte, die *παράδειξις*, mit umfassen: diese hat also, da die *ἐνεχυρασία* bis zu ihr fortgeführt wurde, den Beschwerdegrund geliefert. Klarer wird die Sache, wenn man statt *καθ' ἣν*] einfügt *ἐπεὶ*] oder *ἐπειδὴ*]: auch der Satzbau macht dann keine Schwierigkeit.

spruch in Frage kam, möchte man um so eher zu der Annahme geneigt sein, daß dieser gegen den *χρηματισμὸς ἐμβαδείας* oder vielleicht auch gegen einen der ihm *ἐπὶ τῶν τόπων* folgenden Akte eingelegt werden konnte. Denkbar wäre dieser Widerspruch sowohl bei Vollstreckung in Hypotheken als auch bei der auf Grund pfandloser oder durch Hypallagma gesicherten Forderungen. Gewißheit haben wir in keinem Falle, doch spricht manches zugunsten der Annahme. wenigstens im Hypothekenrechte. Das Nähere muß bei der Behandlung der dafür in Betracht kommenden Texte erörtert werden.[1])

Im Anschluß hieran soll noch auf einen Punkt von allgemeiner Bedeutung hingewiesen werden. Neben der Erledigung der *ἐμβαδεία* durch Widerspruch steht nämlich die durch Zahlung. In zwei Fällen, Oxy. 653 (Chrest. II 90 um 161 n. Chr.) und Lond. III 158f. Nr. 1164 (d) (vom J. 212 n. Chr.), sehen wir, daß der Schuldner dem Gläubiger nach erfolgter *ἐμβαδεία*[2]) und demgemäß auch nach eingetretenem Verfall Zahlung anbot, um die von ihm in Besitz genommene Sache zu lösen und zurückzuerhalten.[3]) Der

---

[1]) Über Catt. Verso s. unten S. 99ff., über Oxy. 653 im VIII. Kap. In betreff der letzteren Urkunde muß darauf hingewiesen werden, daß es sich hier nur darum handelt, ob das erste Urteil des Militärtribunen Honoratus ($_{7}$f. $_{11}$. $_{21}$) durch einen Widerspruch des Schuldners hervorgerufen war. Was BGU. 832 anlangt, so müssen wir uns damit begnügen, festzustellen. daß die Urkunde, ebenso wie die vorhergehenden, einer *ἐμβαδεία* auf Grund einer Hypothek ($_{13}$ *ἀπὸ διαλογῆς χρηματισμοῦ ἐμβαδείας* und $_{22}$ *ἐμβαδεύσουσ[α]ν αὐτὴν εἰς τὴν ὑποθήκην καὶ κρατήσ[ουσαν]*) und eines Rechtsstreites ($_{17}$ *π]ροκιμένης καταστάσεως*) gedenkt. Aber der Text ist so arg verstümmelt, daß sich nichts Näheres über das Verhältnis des Rechtsstreites zu der Besitzeinweisung ausmachen läßt.

[2]) In Oxy. 653 ist die *ἐμβαδεία* auf Grund einer Hypothek erfolgt ($_{13}$. $_{27}$), in Lond. cit. wahrscheinlich nicht: wenigstens ist nichts davon erwähnt und in dem (wie alle Bankurkunden von Antinoupolis) sorgfältig abgefaßten Stück wäre wohl schwerlich bloß von einem verlautbarten Handschein ($_{6}$f.) gesprochen, wenn eine Hypothekenurkunde zugrunde gelegen hätte. Es ist also zu vermuten, daß hier eine pfandlose Forderung beglichen wurde und demnach zu den *νόμιμα* in Z. $_{8}$. $_{10}$ auch die *ἐνεχυρασία* gehörte.

[3]) In Ryl. 119, $_{14}$ ergeht ein Urteil des Iuridicus: *ἀποδοῦναι ἡμᾶς τὸ κεφάλαιον καὶ ἀνακομίσασθαι τὴν ὑποθήκην.* Das ist offenbar nicht so zu verstehen, daß der Schuldner ein Einlösungsrecht geltend gemacht

Gläubiger durfte, sofern die genannten Urkunden einen Schluß gestatten, die Annahme der Zahlung und Rückgewähr, wenn er nur volle Befriedigung erlangte, nicht verweigern[1]: dem Schuldner stand also ein gesetzliches Einlösungsrecht zu.[2] Die in P. Lond. Nr. 1164 (d) $_{10}$ cit. erwähnte *παράκλησις ὑπὲρ διαλύσεως* dürfte demnach als Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Aufhebung der Vollstreckungsakte gegen Empfang der Zahlung anzusehen sein. Daß ein solches Einlösungsrecht an bestimmte Voraussetzungen und Grenzen gebunden sein mußte, liegt auf der Hand: doch wissen wir nichts darüber. Auf jeden Fall enthielt es eine wesentliche Abschwächung der Härten des Verfallsrechtes. Auch ist begreiflich, daß es darüber zu neuen Streitigkeiten kommen konnte: in Oxy. 653 haben wir ein Beispiel dafür.

2. Erhebung des Widerspruches.

a) durch Eingabe (*ὑπόμνημα*).

In den meisten uns bekannten Fällen wurde der Widerspruch durch eine schriftliche Eingabe bei dem Erzrichter erhoben.

hätte und der Gläubiger verurteilt worden wäre, es anzuerkennen. Verurteilt wurde der Schuldner, wie er selbst sagt ($_{3}$ *τυγχάνωι κεκριμένος*), zur Rückzahlung (*ἀποδοῦναι*), als deren Folge sich dann die Verpflichtung des Gläubigers ergab, das Pfand zurückzugeben.

[1]) Aus der Quittung in Lond. cit. würde man das kaum folgern dürfen, da die Aufhebung der *ἐμβαδεία* gegen Zahlung lediglich auf Grund der Vereinbarung der Parteien erfolgt sein könnte: immerhin weist auch hier die *παράκλησις*, wenn wir sie richtig aufgefaßt haben (s. d. Text), in die angedeutete Richtung. In Oxy. 653 dagegen wird man bei der großen Entschiedenheit, mit welcher der Präfekt betont, daß der Gläubiger sich mit der angebotenen Zahlung zufrieden geben müsse ($_{12}$f. $_{17}$. $_{24}$f.), einen gesetzlich anerkannten Anspruch des Schuldners auf Rückgabe der Pfandgrundstücke annehmen müssen. Der Präfekt zweifelt offenbar gar nicht an dem Lösungsrecht des Schuldners: er erwägt nur, ob und inwieweit der Gläubiger auch für seine Zinsforderung Deckung gefunden hat. Näheres s. im VIII. Kap.

[2]) Auf das Einlösungsrecht wurde schon öfters in der Literatur hingewiesen: Mitteis, Z. Sav. St. XXVIII 495; Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 39; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 112f.; Frese, Griech.-äg. Rechtsleben 21. Vgl. auch Rabel, Verfügungsbeschränkungen 72, $_{1}$; Raape, Verfall des griech. Pfandes 82.

Eine solche ist uns in dem *ὑπόμνημα* ($_{31}$) Oxy. 68 (Chrest. II 228) erhalten ($_{10}$): *ποιοῦμα[ι τὴν] διδοῦσαν ἀντίρρησιν.*[1])

In Lond. III 132f. Nr. 908 (Chrest. II 229) wird ihrer gedacht mit den Worten ($_{26}$ff.): *διεστείλατό μοι ὑπόμνημα* (vgl. $_{32}$) *ὡς ἐκ καταλογείου πεπορισμένου,*

ebenso in BGU. 970, $_{24}$f. (Chrest. II 242): *ἣ [δ]ὲ ἐτόλμησεν μεταδῶναί μοι ἀντίρρησιν*[2])

und in Oxy. 1203, wo es hinsichtlich des Schriftsatzes, mit dem der Schuldner seine Gegenforderung und damit zugleich seinen Widerspruch gegen die Forderung des Gesuchstellers geltend macht (S. 53, $_{3}$), heißt ($_{9}$f.): *ἐπορίσατο ἐκ τοῦ καταλογείου ὑπόμνημα.*[3])

Das gleiche gilt für die Replik des Gläubigers, für die wir ein mit der Adresse des Erzrichters versehenes Beispiel in Lond. III 132f. Nr. 908, $_{17}$ff. besitzen, und die in Oxy. 68, $_{33}$f. vom Schuldner mit den Worten *σὺν οἷς ἐὰν βιβλιομαχή[σ]η προςμεταδοῖ* vorgesehen wird.[4])

Man darf annehmen, daß für die *ἀντίρρησις* wie für alle dem Erzrichter eingereichten Schriftsätze die allgemeine Regel galt, daß sie ihm in einer Sitzung zu eigenen Händen übergeben werden mußte.[5]) In Lond. $_{35}$ findet diese An-

---

[1]) Daß die Urkunde, deren Anfang verloren ist, an den *ἀρχιδικαστής* gerichtet war, wird heute mit Recht allgemein angenommen: vgl. Mitteis, Grundzüge 127 und Chrest. S. 249; Schwarz, Hyp. 78f.

[2]) Die folgenden Worte kann man vielleicht ergänzen: *δι' ἧς ἐνέ[φερέ] τινα πρὸς τὴν ἰδίαν ἐπιθυμίαν*, d. h. sie brachte einiges vor, das ihrem eigenen Begehren entsprach. Ähnlich schildert die Gläubigerin in Lond. III 132f. Nr. 908 den Inhalt der *ἀντίρρησις* ($_{28}$f.): *τὰ ἑαυτῶι ἀρέσκον[τ]α — δηλώσας.*

[3]) Anders steht es mit der vorliegenden Eingabe Oxy. 1203, welche den Widerspruch gegen die im Text erwähnte Gegenforderung des Leonides enthält. Ihre Adresse ist verloren: der Herausgeber Hunt und ihm folgend Lewald, Z. Sav. St. XXXIII 632 heben mit Recht hervor, daß die Eingabe nicht an den Erzrichter, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach an den Strategen gerichtet war. Lewald stellt dafür die Erklärung auf, daß das vorliegende Stück als Provisorium anzusehen sei, dem die formelle *ἀντίρρησις* nachfolgen müsse. Das hat viel für sich: jedenfalls ist der Ansicht, daß die vorläufige *ἀντίρρησις* die wirkliche nicht ersetzen konnte, zuzustimmen.

[4]) Selbstverständlich ebenso für den weiter etwa noch stattfindenden Schriftenwechsel: vgl. Lond. $_{32}$: *καὶ ὅσα ἐὰν εἰς ὕστερον μεταδῷ.*

[5]) Mitteis, Sitzb. d. Sächs. Ges. d. W. (phil.-hist.) LXII 86ff. und Grundzüge 37f., insbesondere für den Erzrichter 84, $_{5}$. 124. — Freilich,

sicht ihre Stütze durch die Namhaftmachung des für die Verhandlung beim Erzrichter bevollmächtigten Vertreters: *διαπέσταλμαι δὲ Ἑρμαῖον.*

Die Zustellung erfolgte, wie die genannten Urkunden zeigen, in der bei allen *διαστολικά* des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens üblichen Form auf Anordnung des Erzrichters unter Vermittlung des Strategen an den Schuldner, bei Repliken an den Gläubiger.

b) Widerspruch zu Protokoll des Erzrichters.

Mußte aber der Widerspruch notwendig in dieser Gestalt eingelegt werden? Den Anlaß zu dieser Frage gibt P. Giess. 34 (Chrest. II 75) vom J. 265/6 n. Chr.[1]) Nach dieser Urkunde hatte Ammoninos von einem (nicht genannten) Schuldner 163 Maß Wein zu fordern. Nach dessen Tode ging er auf 'gesetzlichem' Wege[2]) gegen seine, durch ihren Großvater Aurelius Sabinus vertretene[3]) unmündige Tochter (und Erbin) Aurelia Menodora vor, stellte ihr im Mahnverfahren ein *διαστολικόν* zu ($_{8.\ 13.\ 14}$) und erwirkte darauf im Vollstreckungsverfahren die *ἐνεχυρασία* ($_{8.\ 11}$), also den Pfändungsbeschluß der Chrematisten.[4]) Später

ob die Übergabe zu Händen des Statthalters oder sonst zuständigen Beamten in dem Sinne ausschließliche Regel war, daß das Libell auf keine andere Weise sein Ziel erreichen konnte, scheint mir gegenüber Mod. D. 47, 2, $_{73}$ und P. Oxy. 1120 doch nicht über allem Zweifel zu stehen. In diesen beiden Fällen war die Einreichung beim Officium vorgenommen oder doch beabsichtigt, bei Modestin durch Vermittlung eines Centurionen. Daß dies ein gangbarer Weg war, um die Sache zur Verhandlung zu bringen, sieht man daraus, daß bei Modestin der gestohlene Libell *pro tribunali* verlesen wurde *quasi officio traditos*, und daß in Oxy. 1120 erzählt wird, der Beklagte habe das *βιβλίδιον* (beim Officium) unschädlich zu machen gewußt, damit er unangreifbar (*μὴ ἐπελευστικός*) erscheine: das kann doch wohl nur besagen, daß er, wenn er das Schriftstück nicht beseitigt hätte, der Rechtsverfolgung ausgesetzt gewesen wäre.

[1]) Vgl. zu dieser Urkunde Eger, Arch. f. Pap. V 137ff.; Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 390 und Chrest. II S. 83f.; Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 83f. 93; Steinwenter, Versäumnisverfahren 17. 88f.

[2]) Z. $_{11}$: *νομίμων ἤρξατο.* Z. $_{14}$: [— *ἐτελείωσεν τὰ περ*]*ὶ αὐτὰ νόμιμα.* Z. $_{16}$: *ἐτελείωσεν τὰ νόμιμα.*

[3]) Vgl. Taubenschlag, Z. Sav. St. XXXVII 209, $_{6}$. 222, $_{5}$.

[4]) In dem Satz ($_{18}$): *ὑπομν*]*ήματα δέδωκ*[*εν* ⟨*Ὀξυρυγχειτῶν*⟩ *ἑκατὸν ἑξή*]*κοντα τριῶν τ*[*ῷ*] *ἐπιτρόπῳ τῆς υἱ(δ)ῆς* sind, wie mir scheint, unter den

fand dann — worauf es hier ankommt — ein Termin vor dem Erzrichter statt, der zu einem Schreiben dieses Beamten an den Strategen führte. Dieser Brief ($_{5-9}$) und das Protokoll der Verhandlung vor dem Erzrichter ($_{9-16}$, unvollständig erhalten) sind abschriftlich mitgeteilt.[1] In

ὑπομνήματα die Eingaben des Gläubigers an den Erzrichter zwecks Erlangung des *διαστολικόν* (XXXVI 231, $_{2}$) und an den Präfekten, also die *ἔντευξις* zur Erwirkung des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* (XXXVI 234, $_{1}$) zu verstehen, die der Gläubiger wie üblich dem Schuldner zustellte. Im folgenden werden sie dann im einzelnen angeführt.

[1]) Z. $_{3}$f.: *συνεζευγμένων τῶν γενομένων ἐπ' αὐτῷ ὑπομνημά[των*. Wilcken und Eger (Arch. f. Pap. V 141) schließen aus dem Plural, daß mindestens zwei Verhandlungen vor dem Erzrichter stattgefunden hatten und zwei Abschriften beigefügt waren. Dieser Meinung gegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß nachher, wo die Abschrift mitgeteilt wird, nur von einem Protokollauszug die Rede ist ($_{9}$ *τοῦ δὲ ὑπομνήματος*). Der Singular *ὑπόμνημα* im Sinne von Protokoll ist verhältnismäßig selten: Giess. 40, $_{\text{II } 14}$; Oxy. 1204, $_{9}$; Grad. in Preisigkes Sammelbuch 5676, $_{11}$. $_{19}$; Thead. 14, $_{18}$; vielleicht auch BGU. 1084, $_{14}$f. und Eitrem 5, $_{16}$ [dazu Wilcken, Chrest. S. 172; Preisigke, Sitzb. d. Heidelberger Akad. (phil.-hist.) 1916 Nr. 3 S. 11]. — BGU. 613, $_{20}$ gehört nicht hierher: s. Mitteis, Chrest. S. 101, $_{1}$. dessen Auslegung jetzt durch P. Grad. in Preisigkes Sammelbuch 5693, $_{10}$ gestützt wird. — Viel häufiger wird der Plural gebraucht: Amh. 142, $_{10}$; BGU. 19, $_{\text{I } 10}$. 168, $_{25}$. 361, $_{\text{II } 1}$. 925, $_{11}$. 1085, $_{\text{II } 8}$f.; Bouriant $_{\text{I } 8}$ (Chrest. II 96); Catt. $_{\text{IV } 20}$; Heid. Inv. 311, $_{\text{R } 5}$ (Preisigke, Sammelb. 6000); Lips. 33, $_{10}$. $_{23}$ (?). $_{25}$. 34, $_{14}$. $_{15}$. $_{19}$. 38, $_{\text{I } 4}$. $_{10}$. $_{18}$. 40, $_{\text{II } 20}$. $_{23}$. $_{\text{III } 14}$; Oxy. 911, 8. 1204, $_{25}$. $_{26}$. 1252, $_{26}$f. $_{33}$f.; Straßb. 5, $_{6}$; Thead. 15, $_{7}$. Bei *ὑπομνηματισμός* und *ὑπομνηματισμοί* kann man die gleiche Beobachtung machen. Sie dürfte sich daraus erklären, daß, wenn es überhaupt nur darauf ankommt, die Amtstagebücher zu nennen, der Plural gesetzt wird, während *ὑπόμνημα* das einzelne Aktenstück bedeutet. Nur darf man nicht glauben, daß, wenn jemand sich auf ein bestimmtes Aktenstück bezog, er es immer auch als solches hervorheben mußte, es nicht als Teil des Ganzen ansehen konnte. In der Tat werden mehrfach die *ὑπομνήματα* genannt, wenn es sich nur um ein einzelnes Protokoll handelt: vgl. Amh. 142, $_{10}$; BGU. 925, $_{11}$. 1085, $_{\text{II } 8}$f.; Catt. $_{\text{R } 20}$; Oxy. 911, $_{8}$. 1204, $_{25}$. $_{26}$. So wird auch Giess. 34, $_{3}$f. zu verstehen sein: 'unter Beifügung der bei ihm aufgenommenen Akten' und nachher ($_{9}$): 'Abschrift des (in Betracht kommenden) Aktenstückes'. Diese Auslegung findet eine wichtige Stütze in Straßb. 5, $_{6}$: *ἐνέτυχον δι' ὑπομνημάτων* und dann ($_{7}$):] *δὲ τοῦ ὑπομνήματος*. Daß auch hier das Amtstagebuch gemeint ist und daß dessen Inhalt dem unserer Urkunde parallel geht, wird unten S. 65 ff. gezeigt werden: hier soll darauf hingewiesen werden, daß in Straßb. 5, dessen Schluß erhalten ist, sicher nur éin Protokollauszug mitgeteilt wird. Übrigens würde die im Text vorgetragene Aus-

letzterem führt ein Anwalt des Großvaters das Wort ($_{10}$). Dieser selbst war zugegen[1]), nicht aber der Gläubiger oder ein Vertreter von ihm.[2]) Der Erzrichter verfügte nun, daß der Gläubiger (nebst einer Dienerin) vor das Gericht ($_{6}$ *δικαστήριον*) nach Alexandrien entboten werde und daß bis zu dessen Entscheidung nichts (an dem bestehenden Zustande) geändert, mit anderen Worten, daß die (von den Chrematisten) verfügte Pfändung vorläufig nicht durchgeführt werde.[3]) Für den Fall des Ausbleibens des Gläubigers wird diesem die Aufhebung des Zahlungsauftrages und Pfändungsbeschlusses angedroht.[4])

Man hat diese Verfügung des Erzrichters mit größerer oder geringerer Bestimmtheit so aufgefaßt[5]), als ob damit eine Wiedereinsetzung der unmündigen, also auch minderjährigen Aurelia Menodora in den vorigen Stand gemeint wäre, die, wenn der Beklagte erschiene, den Gegenstand der Verhandlung bilden und, wenn er ausbliebe, ohne weiteres bewilligt werden sollte. Doch scheint mir, auch wenn Menodora unter den vorliegenden Umständen die Wiedereinsetzung hätte fordern können[6]), der uns erhaltene Text

---

legung von Giess. 34 dieselbe bleiben, auch wenn man zwei Protokolle annehmen müßte: über das zweite würde freilich der Text nicht einmal zu Vermutungen einen Anhalt bieten.

[1]) Z. $_{10}$f.: *Αὐρηλία Μην[οδώρα —] — διὰ τοῦ πάππου — Σαβείνου — [— ἐντυγχ]άνει.* Z. $_{13}$: *τῆς υἱ[δ]ῆς τοῦ παρόντος.*

[2]) Das folgt daraus, daß dem Strategen die Entsendung des Gläubigers nach Alexandrien aufgegeben wird, und daß der Gläubiger erst durch den Strategen Kenntnis von dem, was Sabinus gegen die Forderung vorgebracht hat, erhalten soll ($_{8}$f.). Das wäre unverständlich, wenn er persönlich oder durch einen Bevollmächtigten an der Verhandlung teilgenommen hätte.

[3]) Vor allem also sollten *προςβολή* und *καταγραφή* nicht vorgenommen werden: demzufolge konnte dann der Gläubiger auch keine *ἐμβαδεία* herbeiführen.

[4]) Über diese Auffassung s. unten S. 60ff.

[5]) Vgl. Eger, Arch. f. Pap. V 140. 141; Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 390 (in Chrest. II S. 83f. nicht wiederholt); Steinwenter, Versäumnisverfahren 89.

[6]) Das Rechtsgeschäft, durch das die Schuld begründet wurde, war vom Vater abgeschlossen: die Pfändung erfolgte nach seinem Tode gegen seine minderjährige Erbin. War in einem solchen Falle überhaupt eine Wiedereinsetzung zulässig? Die einzige Stelle, die, soweit ich sehe, von

gegen eine solche Deutung zu sprechen.[1]) Wenn sie auch gelegentlich als Unmündige bezeichnet wird ($_{8.\ 11}$), so wird doch ihr Alter in keiner Weise als Grund für das Einschreiten des Erzrichters angeführt.[2]) Dagegen liegt aller Nachdruck auf der Behauptung des Sabinus, die Schuld sei beglichen.[3])

---

einer *in integrum restitutio* gegenüber einem *pignus in causa iudicati captum* spricht, ist Ulpian D. 4, 4, $_{9\ pr.}$ Hier wird anerkannt, daß ein Minderjähriger, dem Wiedereinsetzung gegen ein Urt il bewilligt ist, ebenso wie er einen Anspruch auf Rückgewähr der von ihm gezahlten Urteilssumme hat, innerhalb gewisser Grenzen auch die Rückgabe der ihm abgepfändeten und verkauften Sachen fordern kann. In der Stelle sind die Hände der Kompilatoren bemerkbar, doch ist möglich, daß sie sich nur in einschränkendem Sinne betätigt haben (*'interdum'*, *'grande'*, vgl. C. 2, 28, $_1$ *'magno'*, *'enorme'*). Die Fragestellung ist nicht die gleiche wie in Giess. 34; auch handelt es sich hier um Vollstreckung eines Urteils, dort einer exekutiven Urkunde. Immerhin ist anerkannt, daß eine Pfändung von der Wiedereinsetzung betroffen werden kann. Wollte man hervorkehren, daß gerade die für Giess. 34 maßgebende Voraussetzung, eine ererbte Schuld der Unmündigen, in den Worten, Ulpians nicht enthalten ist, so würde dies Bedenken wohl der Erwägung weichen müssen, daß, wenn die Wiedereinsetzung bei eigenen Schulden gewährt wurde, sie um so eher für solche Schulden zu haben sein mußte, in die der Minderjährige durch Erbgang eingetreten war. — Ob aus den nur zum Teil übereinstimmenden und auch nicht von Interpolationen freien Aussprüchen der römischen Quellen über die Wiedereinsetzung gegenüber dem Verkauf eines Vertragspfandes (Paul. Sent. 1, 9, $_8$; Marcian D. 20, 5, $_{7,\ 1}$; K. Gord. C. 5, 71, $_1$; K. Diocl. u. Max. C. 2, 28, $_1$ [dazu Dernburg, Pfandrecht II 238]. C. 2, 28, $_2$) etwas für unsere Frage entnommen werden kann, muß hier dahingestellt bleiben. Vgl. zur Sache Burchardi, Wiedereinsetzung 85f. 228f. 249f.; Savigny, System VII 152. 272; Windscheid-Kipp, Pandekten I ^{9} § 117, $_8$ (f.); Dernburg, Pfandrecht II 235ff.

[1]) Bei *in integrum restitutio* könnte der Erzrichter nur als delegierter Richter in Betracht kommen (vgl. Mitteis, Chrest. S. 84). Darauf, daß dies in der Urkunde nicht angedeutet ist, habe ich in meiner Bekämpfung dieser Ansicht absichtlich kein Gewicht gelegt, denn es gibt auch sonst Fälle, in denen die Überweisung nicht zum Ausdruck gebracht ist.

[2]) Die Vermutung, daß die Minderjährigkeit im verlorenen Schlusse des *ὑπόμνημα* als Grund des Begehrens angeführt gewesen sein möchte, würde den im Text hervorgehobenen Grund, daß der Erzrichter den Gläubiger nicht auf sie, sondern auf die Erfüllung hinweist, gegen sich haben.

[3]) In Z. $_8$ (*τοῦ πλείστου*) wird Teilleistung erwähnt und nach Z. $_{18}$ (*λοιπῶν*) scheint sie sich auf 100 Maß belaufen zu haben. Demgegenüber

Und namentlich ist beachtenswert, daß der Erzrichter diese Aussage als Grund für die Vorladung[1]) des Gläubigers in seinem Schreiben an den Strategen ausdrücklich hervorhebt ($_8$): *καὶ γὰρ ὁ Σαβεῖνος παρέθετο*[2]) *ἀναδόσεις τῷ Ἀμμωνίνῳ τοῦ πλείστου* [*γεγονέναι* . . . . Diese Verteidigung der Schuldnerin paßt nicht zu der *in integrum restitutio* und nötigt uns, nach einer andern Erklärung für die in Aussicht genommene zweiseitige Verhandlung zu suchen.

Die Verfügung des Erzrichters entsprach dem Begehren der Schuldnerin.[3]) Wenn aber von ihrer Seite im Vollstreckungsverfahren ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wurde, so mußte ein Widerspruch vorausgegangen sein, der nach Lage der Sache ebenfalls nur von ihr geltend gemacht sein konnte. Wäre diese *ἀντίρρησις* auf dem gewöhnlichen Wege durch Überreichung einer schriftlichen Eingabe an den Erzrichter erfolgt, so müßte, wenn das in einem früheren Termin geschehen wäre, eine Zustellung an den Gläubiger ergangen sein, dieser also Kenntnis von dem Widerspruche und wahrscheinlich auch von seinem Grunde[4]) gehabt haben. Das ist aber gegenüber der Tatsache, daß der Erzrichter den Gläubiger ausdrücklich darauf hinweisen läßt, die Gegnerin habe Er-

---

kann Mitteis' Ergänzung zu Anfang von Z. $_{13}$ (*καὶ τοῦτον τὸν ἀριθμὸν* (d. i. 163) [*ἔτι πάλαι πεπληρωκότος*) schwerlich aufrechterhalten werden. Betreffs des Restes (63 Maß) hat vielleicht ein Erfüllungsversprechen auf einen späteren Termin oder sonst ein Abkommen ($_{15}$ *δέον ὁμολογησα* [. . . .) Platz gegriffen.

[1]) Das Nähere hierüber s. bei Eger, Arch. f. Pap. V 140f.; Mitteis, Chrest. S. 83f.

[2]) Für *παρατίθεσθαι* in der Bedeutung aussagen, bekunden, berichten vgl. Oxy. 33, III 12 (*ὁ ἠβό*[*κατο*]*ς* — *παρέθετο* [*τῷ*] *κυρίῳ λέγων*); Oxy. 41, $_{25}$. 237, V 7; Flor. 6, $_{13}$. 382, $_{51}$ (*ἐνέτυχον* — *ταῦτα παρατιθέμενος*; Thead. 15, $_6$f. In demselben Sinne läßt sich (vielleicht in Anlehnung an den griechischen Sprachgebrauch) deponere für die spätere lateinische Rechtssprache nachweisen (Belege im Thes. L. L. V 582, $_{38}$ff. und bei Seckel in Heumanns Handlexikon ^{9} 137 (4). Von da ist das Wort in das Französische und Englische und weiter in das fremdwortlüsterne Aktendeutsch übergegangen: der Zeuge 'deponiert'.

[3]) Giess. 34, $_6$: *καθ' ἃ ἠξίωσεν Μενοδώ*[*ρα*.

[4]) In der *ἀντίρρησις* Oxy. 68 ($_{11}$ff.) und der Replik Lond. III 132f. Nr. 908 ($_{24}$ff.) ist der Grund aus dem *ὑπόμνημα* zu entnehmen: ob das notwendig war, muß dahingestellt bleiben.

füllung behauptet, nicht anzunehmen. Die angeführten Worte ($_{8}$f.) machen entschieden den Eindruck, als wollten sie den Gläubiger vor eine neue Tatsache stellen, über die er das Nähere aus dem beifolgenden Protokoll entnehmen könne. — Zu erwägen wäre weiter, ob vielleicht in der gegenwärtigen Sitzung ein die *ἀντίρρησις* enthaltender Schriftsatz eingereicht wurde. Aber wenn das zuträfe, so wäre unerklärlich, warum der Erzrichter nicht wie in den anderen uns bekannten Fällen die Zustellung des *ὑπόμνημα* anordnete und warum er in dem Schreiben an den Strategen unter Verschweigung des schriftlichen Widerspruches aus dem mündlichen Vortrage die sachlich wichtigste Behauptung der Schuldnerin hervorhob und zur Grundlage seiner Anordnungen machte.

Alles das drängt meines Erachtens zu der Annahme, daß eben dieser mündliche Vortrag selbst den Widerspruch enthielt. Ob er ausdrücklich darin erklärt war (wie in dem Schriftsatz Oxy. 68, $_{10}$f.) oder ob er sich lediglich aus dem Vorbringen der Partei ergab (wie in Lond. III 132f. und Oxy. 1203), läßt sich, da der Schluß des Protokolles verloren ist, nicht entscheiden, ist aber auch unerheblich. Jedenfalls hatte die Schuldnerin die Pfändung als unberechtigt hingestellt und ihre Gründe dafür angegeben. Der Gläubiger erhielt Mitteilung davon und zugleich die Ladung zur zweiseitigen Verhandlung durch den Erzrichter und Strategen. Das abschriftlich beigefügte Protokoll (*ὑπόμνημα*) tat dieselben Dienste wie bei schriftlichem Widerspruch die abschriftlich beigefügte Eingabe (*ὑπόμνημα*) des Schuldners: eins ersetzte das andere.

In formeller Hinsicht kann es als wahrscheinlich gelten, daß die Schuldnerin den Erlaß des Schreibens an den Strategen beantragt hatte[1]), und als sicher, daß sie die Ladung des Gläubigers sowie die vorläufige Hemmung des Vollstreckungsverfahrens und, für den Fall des Ausbleibens des Gläubigers, die Aufhebung von Zahlungsgebot und Pfändungsbeschluß begehrt hatte.[2])

---

[1]) Vgl. in den Schriftsätzen Oxy. 68, $_{30}$: *ἀξιῶ συντάξαι γράψαι* — und Lond. III 132f., $_{29}$: *δέον ἡγοῦμαι συντάξαι γράψαι τῷ — στρατηγῷ.*

[2]) Vgl. oben S. 62, $_{3}$.

Die Annahme, daß die Erklärung des Widerspruches zu Protokoll des Erzrichters der Einreichung einer den Widerspruch enthaltenden Eingabe bei diesem Beamten gleichstand[1]), würde vielleicht zu gewagt sein, wenn sie als Einzelerscheinung angesehen werden müßte. Ist sie richtig, so wird die gleiche Möglichkeit nicht nur bei andern Akten des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens, sondern allgemein auch bei anderen Gesuchen und anderen Behörden bestanden haben.[2]) Schon Mitteis, dem wir die grundlegenden Untersuchungen über das Wesen des *ὑπόμνημα* verdanken (oben S. 57, $_5$), hat an der Hand von P. Berl. Inv. 2745, $_{11}$ff. (etwa aus dem fünften Jahrhundert n. Chr.) hervorgehoben, daß die Überreichung des Libells kaum in dem Sinne notwendig gewesen sein dürfte, daß sie nicht hätte durch mündlichen Antrag zu Protokoll ersetzt werden können.[3]) Ich glaube, daß unsere Urkundensammlungen auch schon aus früherer, und zwar ziemlich

---

[1]) Vgl. hierzu auch die Erörterung über BGU. 832, $_{25}$ unten S. 71, $_2$.

[2]) Im allgemeinen werden die Erklärungen zu Protokoll wohl erheblich seltener gewesen sein als die Überreichungen von Eingaben, da sie offenbar die Zeit des Beamten mehr in Anspruch nahmen als diese. Auch haben wir ja nur wenige Beispiele dafür in den Quellen. Vielleicht ist es kein Zufall, daß in Giess. 34 Sabinus *βουλευτὴς πρεσβύτατος* in Alexandrien und demnach gewiß den vornehmen Familien der Stadt angehörte, denen ja auch der Erzrichter zu entstammen pflegte.

[3]) Mitteis, Leipziger Dekanatsprogramm 1912 (Lauhn) S. 8. Der S. 6 mitgeteilte Text der Urkunde ist jetzt auch in Preisigkes Sammelbuch 5357 wiedergegeben. Mitteis rechnet außerdem noch mit der Möglichkeit, daß der Libell bei der Überreichung auch gelegentlich verlesen wurde. Für Giess. 34 ist das schwerlich anzunehmen, da sich hier das *ὑπόμνημα* als Wiedergabe mündlicher Rede zu erkennen gibt ($_{10}$: *ε]ἶπ(εν)*) und nicht abzusehen ist, warum dies vorgespiegelt und die Verlesung der Urkunde unterdrückt sein sollte. Dasselbe gilt für den gleich zu betrachtenden Pap. Straßb. 5 (s. Z. $_7$: *πρὸ βήματος — εἶπεν*. Z. $_8$: *κληθέντος καὶ ὑπακούσαντος εἶπεν*. Dagegen könnte die Vermutung von Mitteis vielleicht zutreffen bei BGU. 1139: *Γαίωι Τυρρανίωι παρὰ Σπινθῆρο(ς) — καὶ τῆς το(ύτου) γυ(ναικὸς) — παρόντων ἀπὸ Λύκων πόλεω(ς)* —. *Πάρεσμεν χάρ⟨ι⟩ν τῆς ἐσχηκυίας ἡμᾶς — θλε[ίψ]εως κτλ.* Die Betonung der Gegenwart der Gesuchsteller in dieser Eingabe an den Statthalter, namentlich die in der ersten Person zu Beginn des Textes, ist jedenfalls verständlicher, wenn die Worte gesprochen wurden, als wenn sie bloß in der Urkunde geschrieben standen.

der gleichen Zeit, der Giess. 34 angehört, ein zweites Beispiel dafür bieten.

Ich meine P. Straßb. 5, eine Verhandlung vor dem Tribunal des Präfekten aus dem J. 262 n. Chr. Für den Kläger tritt als Sachwalter (*ῥήτωρ*) der im Amt befindliche *ἀρχιδικαστής* auf.[1]) Dagegen fehlt jede Spur in unserem Text, daß auch die Gegenseite an der Verhandlung teilgenommen hätte. Nicht sie kann es sein, von der es im Eingang des Protokolles heißt ($_8$): *κληθέντος καὶ ὑπακ[ο]ύσαντος*, denn es war eine Mehrzahl von Personen, die den Kläger geschädigt hatte, gegen die sich seine vorliegende Beschwerde ($_{12}$ff.) und das weitere Verfahren richtet ($_{2\cdot\ 17}$).[2]) In der Tat kommen die Beschuldigten auch gar nicht zu Wort bei der Verhandlung: von ihrer Verteidigung ist keine Rede[3]), erst später, vor dem Strategen, soll sich

[1]) An einer überzeugenden Erklärung für diese auffallende Tatsache fehlt es bisher: vgl. Preisigke in der Ausgabe S. 22; Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 46f.; Wenger, Gött. Gel. Anz. 1907, 319. Jedenfalls liegt nichts vor, was auf einen Zusammenhang mit dem Mahn- und Vollstreckungsverfahren schließen ließe.

[2]) Auch die Einführung eines Hauptgegners, an die Preisigke (S. 21) denkt, indem er, wenn auch unter Zweifeln, am Ende von Z. $_9$ *ὁ ἀν[τίδικος* vorschlägt, halte ich für unwahrscheinlich, da seiner weiterhin nicht gedacht wird (s. den Text). Die schon von Preisigke als unsicher bezeichnete Lesung in Z. $_{10}$ *[τῷ ἄ]λλῳ φορητοῦ*, die ebenfalls auf einen einzelnen Gegner deuten würde, ist durch Wilckens Verbesserung *[πο]ταμοφορήτου* erledigt (Ausgabe S. 6). Die Annahme, daß einer der Beschuldigten für alle oder ein Anwalt für alle aufgetreten sei, ist auch deswegen abzulehnen, weil der Aufruf doch jedenfalls an alle ergehen mußte. Und auch wenn man sich über dieses Bedenken hinwegsetzen wollte, so wäre doch jedenfalls nötig gewesen, daß das Vertretungsverhältnis im Protokoll zum Ausdruck gebracht wurde. Dafür reicht aber die in Betracht kommende Lücke von Z. $_8$ schwerlich aus (über ihr Ausmaß s. Preisigke zu Z. $_4$).

[3]) Auch dafür darf man nicht seine Zuflucht zu der Lücke nehmen. Wenn man berücksichtigt, daß in Z. $_{18}$, die dafür in Betracht kommen würde, zunächst der Schluß des Vortrages des Erzrichters gestanden haben muß, so bleibt schwerlich Raum übrig für *ὁ δεῖνα εἶπεν* (oder *οἱ δεῖνες εἶπαν*) und den Inhalt seiner (oder ihrer Rede, auch wenn diese noch so kurz gewesen wäre. Ein einfaches Geständnis, das vielleicht (!) Platz gehabt hätte, ist ausgeschlossen, weil in der Entscheidung des Präfekten die Tat- und Schuldfrage als eine offene behandelt wird ($_{18}$: *εἴ τι πρὸ[ς] βίαν ἐλήμφθη*). Zu behaupten, daß die Verteidigung der Be-

zeigen, wie sie sich zu der Klage stellen ($_{17}$). Demgegenüber sind meines Erachtens zwei Erklärungen geboten. Einerseits: die Worte *κληθέντος καὶ ὑπακ[ο]ύσαντος* sind auf den Kläger selbst zu beziehen.[1]) Der Erzrichter, der seine Sache führt, beantragt die Hinzuziehung des alten Mannes, der stets seine Pflicht getan und doch so viel Unbill erfahren hatte, und der Statthalter ordnet sie an.[2]) Ferner: das Protokoll, das keine kontradiktorische Gerichtsverhandlung darstellt, sondern von Parteiausführungen nur die Behauptungen und den Antrag des Klägers vor dem Präfekten enthält, steht auf einer Stufe mit einer bei ihm in der Sitzung eingereichten Eingabe.[3])[4])

Auch die Erledigung des Gesuches durch den Statthalter gestaltet sich in entsprechender Weise. Während ein schriftlicher Libell durch Unterschrift (*ὑπογραφή*) beantwortet wird, ergeht auf mündliches Vorbringen ein

klagten in der uns vorliegenden Abschrift des Protokolles weggelassen sei, wird wohl niemand in den Sinn kommen, da es für eine solche Vermutung an jedem Anhalt fehlt.

[1]) *Ὑπακούειν* wird öfter mit Beziehung auf den Kläger gebraucht: BGU. 15, $_{I\,4}$; Lond. II 150 Nr. 359, $_7$; Oxy. 237, $_{VIII\,19}$. 653, [$_2$]; Straßb. 22, $_{11}$ (von beiden Parteien); Plutarch, Solon 31: *ὁ δὲ κατήγορος οὐχ ὑπήκουσε.* Vgl. Mitteis, Chrest. S. 268 (zu Nr. 240, $_{16}$).

[2]) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Statthalter sich damals auf dem Konvent befand oder nicht (vgl. Wilcken, Arch. f. Pap. IV 397). Auch im ersteren Falle war gewiß die Anbringung einer Beschwerde in der hier angenommenen Form nicht ausgeschlossen: was sollte den Präfekten auf dem Konvent hindern, auch einer Partei allein Gehör zu geben? Der Zeit nach würde das vom 14. August datierte Programm auf den Konvent von Alexandrien, als dessen Vorort dann Klein-Hermupolis angesehen werden müßte, hinweisen (Wilcken a. a. O. und 415ff.).

[3]) Das Protokoll wie die Eingabe wird als *ὑπόμνημα* bezeichnet. Über die Verwendung des Wortes in Z. $_{6\cdot 7}$) s. oben S. 59, $_1$. Vgl. auch Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. W. LXII 87, $_1$.

[4]) Außer der zu Protokoll gegebenen Erklärung erwähnt der Kläger noch eine *epistula* (s. darüber Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. W. [phil.-hist.] LXII 86ff.; Grundzüge 37f.) an den Statthalter (Straßb. 5, $_6$): *ἐνέτυχον δι' ὑπομνημάτων οὐ μόνον ἀλλὰ [κ]αὶ δι' ἐπιστολῆς.* Nähere Angaben über dieses Schreiben macht er nicht. Eine interessante Parallele bietet Oxy. 237, $_{VI\,7}$f.: *ὁ δὲ οὐ μόνον ἔγραψεν, ἀλλὰ καὶ παρὼν ἠκρωτηρίασεν τὸ πρᾶγμα.* Daß damit das Schreiben einer *epistula* gemeint ist, zeigen die unmittelbar vorhergehenden Worte. Nachdem also Chairemon den Brief an den Statthalter gerichtet hatte, entstellte er gelegentlich einer Audienz

mündlicher Bescheid (*ἀπόφασις*).[1]) — Dem Inhalt nach enthielt der Spruch des Präfekten in Straßb. 5, $_{18}$f.[2]), was ja auch bei der *ὑπογραφή* sehr oft vorkam, die Verweisung der Partei an eine untergeordnete Behörde, hier (in erster Linie) an den Strategen.[3]) Diesem wurde aufgegeben, dafür zu sorgen, daß, wenn dem Kläger etwas mit Gewalt genommen worden sei[4]), es ihm schleunigst zurückerstattet werde: daß aber, wenn sich die Beschuldigten nicht fügten, sie vor das Gericht des Statthalters entsendet werden sollten.[5])

(*παρών*) den Tatbestand: ob freilich auch in diesem Falle ein Protokoll über den mündlichen Vortrag aufgenommen wurde, wird nicht berichtet. Vielleicht hatte das Schreiben neben dem persönlichen Erscheinen den Zweck, mehrere Wege, die zum Ziele führen könnten, zu betreten: nahm der Statthalter das erstere nicht an, so blieb immer noch das letztere.

[1]) Dieser für die in der Sitzung verkündete Entscheidung geläufige Ausdruck war, wie es scheint, auch in Straßb. 5, $_{2}$ gebraucht. Vgl. Wilcken, Arch. f. Pap. V 255.

[2]) Zum besseren Verständnis muß namentlich wegen der Lücken der Urkunde der Antrag des Erzrichters ($_{16}$f.) herangezogen werden.

[3]) Außerdem werden ($_{16}$. $_{18}$. $_{19}$) die Eirenarchen des Gaues genannt (vgl. über diese Behörde namentlich Hirschfeld, Kl. Schriften 602ff. 620; auch Jouguet zu P. Thead. 15, $_{15}$f.). Der Kläger beantragte beim Statthalter ($_{16}$): *ὥστε ἐπιστεῖλαί σε τοῖς εἰρηνάρχαις* [....], dieser verfügte ($_{18}$): [*ἐπ*]*ισ*[*τ*]*ελῶ τῷ στρατη*[*γ*]*ῷ κ*[*α*]*ὶ τοῖς εἰρηνάρχ*[*αι*]*ς*. Es kommt wenig darauf an, ob schon der Antrag in der Lücke von Z. $_{17}$ den Strategen erwähnte, jedenfalls erging der Auftrag des Statthalters an beide Behörden. Die uns vorliegende Eingabe (Einleitung Z. $_{5-6}$, Schluß Z. $_{19-20}$) ist nach der zutreffenden Erklärung des Herausgebers Preisigke (S. 23) an den derzeit das Amt verwaltenden Vertreter (*διάδοχος*) des Strategen gerichtet. Offenbar sind die Eirenarchen als seine Gehülfen anzusehen, die, wie es der Kläger beantragt, für ihre Tätigkeit der Anweisung des Strategen bedurften. Der Verweser der Strategie gab nun zunächst seinem Amtsboten auf, die Beklagten ([*τ*]*οὺς ἐνγεγραμμένους*, d. h. die im Protokoll [$_{12}$] Genannten) unter Mitteilung des Protokolls einschließlich der *ἀπόφασις* ($_{2}$) des Präfekten ($_{2}$) vorzuführen ($_{3}$ *ἀγαγεῖν*: man wird an das bekannte *ἀξιῶ ἀχθῆναι* erinnert; vgl. Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. W. LXII 64f. und Grundzüge 41, $_{2}$). Eine solche Vorführung war notwendig, um festzustellen: *εἴ τι πρὸ*[*ς*] *βίαν ἐλήμφθη* ($_{18}$) und ob die Beklagten Widerspruch erhoben, wovon ja das weitere Verfahren abhing.

[4]) Über den zugrunde liegenden Tatbestand läßt sich wegen der starken Verstümmelung der Urkunde ein klares Urteil nicht gewinnen. Vgl. darüber Preisigke in der Ausgabe S. 21; Wilcken, Arch. f. Pap. V 254f.

[5]) Wilcken (P. Straßb. S. 6) liest ($_{17}$): *ἣν ἐπιμ*[*έ*]*νοιεν ἐκεῖνοι ἀπ*[*ο*]-

Ein derartiger Bescheid oder wenigstens ein darauf zielender Antrag begegnet öfter in römischer[1]) Zeit, teils in schriftlichen Eingaben mit *ὑπογραφή* des Statthalters (Oxy. 71 $_{I\,17}$ff. = Chrest. II 62 vom J. 303; Flor. 36, $_{27}$ff. = Chrest. II 64 vom J. 312; Amh. 142, $_{16}$ff. = Chrest. II 65 nach 341; wahrscheinlich auch Oxy. 1470, $_{7}$f.), teils in mündlicher Verhandlung (Berl. Inv. 2745).[2]) Wir finden hier überall, ebenso wie in Straßb. 5, daß durch Befehl des Statthalters[3]) ein Vorverfahren vor einer untergeordneten Behörde[4]) angeordnet wird, in welchem auf den Beklagten eingewirkt[5]) werden soll, daß er dem Begehren des Klägers (ohne Prozeß) gerecht werde[6]), und weiter vorgeschrieben wird, daß der Beklagte, wenn er widerspricht[7]), vor das Gericht[8])

νοίᾳ χρώμενοι. Damit darf Preisigkes (S. 27) Unterscheidung zwischen einer privatrechtlichen und strafrechtlichen Entscheidung des Präfekten als erledigt gelten. Wenn ich recht verstehe, will sie auch ihr Urheber selbst nicht mehr aufrechterhalten.

[1]) Ähnliche Formen kommen schon in ptolemäischer Zeit und im zweiten Jahrhundert n. Chr. vor. Näheres s. im VIII. Kap.

[2]) Vgl. oben S. 64, $_{3}$.

[3]) In allen genannten Urkunden geht der Befehl vom Statthalter aus; nur in Berl. Inv. 2745, $_{11}$ ist zweifelhaft, welche Stellung der hohe Beamte, der hier die Verhandlung leitete, einnahm: vgl. Mitteis, Programm S. 11.

[4]) Vgl. oben S. 67. In Oxy. 71, $_{I\,18}$ heißt es: *ἢ τῷ στρατηγῷ ἢ ᾧ ἐὰν δοκιμάσῃς*; in Flor. 36, $_{27}$f.: *οὗ ἐὰν δοκι[μάσῃ σοῦ τὸ μ]εγαλῖον.* In Amh. 142, $_{16}$ soll der praepositus castrorum, in Berl. Inv. 2745, $_{11}$ das Officium (*τάξις*) beauftragt werden.

[5]) Oxy. 71, $_{18}$f.: *ἐπαναγκασθῇ — μετ' ἐνεχύρων λήμψεως*; Flor.: *ἐπαναγκασθῆναι*; Oxy. 1470, $_{16}$: *ἐπαναγκασθῆναι*; Amh. $_{16}$: *ἐπαναγκάσαι*; Berl. $_{11}$: *συνελάσει*, vgl. $_{16}$: *δίκης ἐκτὸς ἐπιγνῶναι.* In Straßb. 5 wird in der Lücke von Z. $_{17}$ wohl ein ähnlicher Ausdruck gestanden haben; vgl. $_{18}$: *[ἐπ]ισ[τ]ελῶ — ἀποκαταστῇ τὴν ταχίστην.*

[6]) Oxy. 71, $_{19}$: *τὴν ἀπόδοσιν ποιήσασθαι*; Flor. $_{28}$ und Amh. $_{17}$: *ἀποκαταστῆσαι*; Berl. $_{11}$: *ἀποστῆναι — καὶ ἀποδοῦναι*; Straßb. $_{18}$: *ἀποκαταστῇ.* Oxy. 1470, $_{7}$: *ἀποδοῦναι.*

[7]) Oxy. 71, $_{20}$: *ἀγνωμονοῦντα*; Amh. $_{18}$: *ἀντιλέγουσιν*; Berl. $_{12}$: *ἀντιρρήσει*, $_{16}$: *ἀντιλέγοντες*; Straßb. $_{17}$: *ἢν ἐπιμ[έ]νοιεν — ἀπ[ο]νοίᾳ χρώμενοι*; Oxy. 1470, $_{7}$: *ἀντιλέγουσιν.*

[8]) Oxy. $_{20}$: *ἐπὶ τὸ σὸν μεγαλῖον*; Flor. $_{29}$: *εἰς τὸ] σὸν ἄχραντον δικα[στ]ήριον*; Amb. $_{18}$: *εἰς τὸ ἄχρ[α]ντό⟨ν⟩ σου δικαστήριον*; Berl. $_{12}$. $_{16}$: *δικαστήριον*; Straßb. $_{17}$. $_{19}$: *εἰς τὸ σὸν* ($_{19}$: *ἐ[μον]*) *δικαστήριον.* In Oxy. 1470, $_{8}$ ist wegen der Lücke die Folge des *ἀντιλέγειν* nicht erkennbar: die Fassung weicht von der der anderen Urkunden ab.

des Statthalters entboten[1]) werde. An dem rechtlichen Charakter von Straßb. 5 als eines in mündlicher Verhandlung gestellten Antrages mit einer in gleicher Weise ergangenen Verfügung über die Einleitung des Verfahrens gegen abwesende Beklagte, kann demnach meiner Ansicht nach kein Zweifel bestehen.

3. Wirkung des Widerspruches.

Die Fragen, welche Wirkung der Widerspruch hatte und wie er erledigt werden konnte, insbesondere die, wer die Entscheidung über den Widerspruch zu treffen hatte und welchen Inhalt eine solche Entscheidung haben konnte, sind von der neueren Forschung mehr gestreift als behandelt worden.[2]) Es empfiehlt sich die letztere Frage, um eine möglichst feste Grundlage zu gewinnen, voranzustellen.

a) Richterspruch über Aufhebung oder Fortgang des Verfahrens.

In Giess. 34 stellt der Erzrichter für das Ausbleiben des Gläubigers die Aufhebung des Zahlungsauftrages und Pfändungsbeschlusses in Aussicht ($_8$): [— *ἀθετήσω ἃ παρήνεγκε κ]ατὰ τῆς ἀφήλικος δια[στ]ολικὸν καὶ ἐνεχυρασίαν.* Sehen wir vorläufig davon ab, daß das maßgebende Wort nicht erhalten ist, und fragen wir uns unter der Voraussetzung, daß es richtig ergänzt ist, wie die Entscheidung lauten mußte, wenn der Gläubiger erschienen war. Hier liegt es wohl auf der Hand, daß, wenn er im Unrecht war, ebenfalls auf die Aufhebung jener Akte erkannt wurde, und daß im entgegengesetzten Falle die *ἀντίρρησις* des Schuldners zurückgewiesen, also Zahlungsauftrag[3]) und

[1]) Oxy. $_{20}$: *παραπεμφθῆναι*; Amh. $_{18}$: *παραπεμφθ[έντα]ς*; Berl. $_{12}$: *παράξει*; Straßb. $_{17}$: *παραμέμψαι*, $_{19}$: *ἀναπέμπειν*. Diese Urkunden müssen auch für die Prozeßeinleitung durch *evocatio* (Mitteis, Grundzüge 37. 41) verwertet werden.

[2]) Vgl. Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 31. 45, $_1$; Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 390 und Grundzüge 127 und Chrest. S. 84; Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 84.

[3]) Daß im Zusammenhange mit der *ἐνεχυρασία* auch das *διαστολικόν* aufgehoben werden konnte, zeigt Giess. 34, $_8$. Da wir nun aus Oxy. 68 wissen, daß ein Widerspruch gegen das *διαστολικόν* allein zulässig war, kann die Folgerung, daß dieses auch allein aufgehoben werden konnte,

Pfändungsbeschluß aufrechterhalten und damit dem Mahn- und Vollstreckungsverfahren freier Lauf gelassen wurde. Das gleiche muß hinsichtlich der *παράδειξις* gelten, wenn sich gegen diese der Widerspruch richtete.[1]) Daß diese Schlußfolgerungen das Richtige treffen, läßt sich aus den Quellen erkennen: einmal daraus, daß die in Giess. 34, $_7$ verkündete vorläufige Hemmung des Verfahrens[2]) bis zur (endgültigen) Entscheidung über den Widerspruch bestehen soll (*μέχρι — κρίσεως*): diese mußte sich also über die Fortsetzung aussprechen. Noch mehr aber daraus, daß in Lond. III 132f. Nr. 908, $_{31}$ (Chrest. II 229) die Gläubigerin es als das Ziel ihrer Replik hinstellt, daß der Widerspruch durch richterliche Entscheidung verworfen werden sollte: *ἄκυρον καὶ ἀνώφελες κριθησόμενον ὃ μετέδωκεν ὑπόμνημα.* In gleicher Weise ist es aufzufassen, wenn in Oxy. 68, $_{32}$ff. der Schuldner das ihm zugestellte *διαστολικόν* nebst allen sonst etwa noch vom Gläubiger ergehenden Streitschriften für unwirksam (*ἄκυρον*) erklärt und hinzufügt: *μένουσαν δ' ἐμοὶ τὴν πρὸς αὐτὸν κρίσιν ἐφ' ὧν δέον ἐστίν.*[3]) Ebenso wohl

---

keinem Bedenken unterliegen. Die weitere Frage, ob in einem solchen Falle doch noch die *ἐνεχυρασία* begehrt werden konnte, fällt mit der zusammen, ob überhaupt ein Vollstreckungsverfahren auf Grund exekutiver Urkunden ohne vorhergehendes Mahnverfahren möglich war: meines Erachtens muß sie nach Maßgabe des uns vorliegenden Materials verneint werden. Vgl. Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 86ff.

[1]) Die *παράδειξις* war nach der obigen Darstellung (XXXVI 317ff.) eine Ergänzung des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*, indem sie dem Beschluß der Chrematisten, daß die Pfändung einzuleiten sei, die Grundstücke, welche von ihr betroffen werden sollten, hinzufügte. Man könnte deshalb fragen, ob ein Widerspruch gegen sie allein und eine richterliche Entscheidung lediglich über ihre Rechtsbeständigkeit zulässig war. In Lond. III 132f. Nr. 908 ist streitig, ob die von der Gläubigerin nach Erlaß des Beschlusses in Anspruch genommenen Grundstücke dem Schuldner oder seiner Frau gehörten: denken wir uns, die in Aussicht genommene richterliche Entscheidung erkannte den Mann als Eigentümer an, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Pfändung nicht hätte zu Ende geführt werden können, im andern Falle kein Grund, weshalb nicht die Benennung anderer Pfandgegenstände gestattet gewesen sein sollte.

[2]) Über diese s. S. 73ff.

[3]) Mit den letzten Worten ist jedenfalls der Richter gemeint, der über den Widerspruch entscheiden soll, wenn sich der Gläubiger ihm nicht fügen, sondern zum *βιβλιομαχεῖν* übergehen wird. Daß dafür ver-

auch in Oxy. 1203, wo der Gesuchsteller, nachdem er die vom Gegner hinsichtlich dessen Forderung (S. 53, $_2$. 57, $_3$) eingeleiteten Schritte als unwirksam (*ἄκυρα*) hingestellt hat, beantragt, dem *ξενικῶν πράκτωρ* solle untersagt werden, gegen ihn vorzugehen: *μέχρι κρίσεως*.[1][2]) Diese Worte

schiedene Richter in Betracht gekommen seien, ist allerdings nicht wahrscheinlich (vgl. S. 79ff.). Eher glaube ich, daß der Gesuchsteller sich den Übergang in das ordentliche Verfahren vor den Präfekten oder Iuridicus (S. 94ff.) vorbehalten wollte. Die Wendung ist übrigens ziemlich formelhaft: sie findet sich nicht nur in Urkunden des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens (vgl. noch Flor. 68, $_{11}$) oder solchen, die damit verwandt sind (BGU. 614, $_{28}$: hier ausführlicher *ἐπὶ σοῦ ἱερ]έως καὶ ἀρχιδι[κ]αστοῦ ἢ ἐφ' ὧν ἐὰν ἑτέρων δέῃ δικαστῶν*), sondern auch in solchen, die in keinerlei Beziehung zu ihm stehen: so Teb. 317, $_{19}$ (Chrest. II 348).

[1]) Z. $_{20}$ff.: *ὁ δὲ ξενικῶν πράκτωρ μηδὲν καθ' ἡμῶν οἰκονομήσῃ ἀπὸ τοῦ προκειμένου ὑπομνήματος μέχρι κρίσεως.* Der Gesuchsteller verlangt also, der angerufene Beamte (Strateg) solle den Praktor anweisen, vorläufig keine Vollstreckungshandlung gegen ihn vorzunehmen. Die *κρίσις* soll demnach über Aufhebung oder Fortführung des Verfahrens entscheiden. Es liegt gewiß am nächsten, sie ebenso aufzufassen wie in Giess. 34. Hier befiehlt, wie wir sahen, der Erzrichter, bei dem der Widerspruch geltend gemacht ist, dem Strategen, er solle das Ruhen des Verfahrens veranlassen. In Oxy. 1203 wird der Strateg unvermittelt darum angegangen, den entsprechenden Auftrag an den Gerichtsvollzieher zu erteilen. Indessen gebe ich zu, daß bei den vielen Zweifeln, zu denen die Urkunde Anlaß gibt, auch andere Auslegungen möglich sind, und insbesondere, daß es, wenn auch weniger wahrscheinlich, so doch nicht ausgeschlossen ist, daß der Antragsteller vorhatte, den Prozeßrichter anzurufen.

[2]) Auch auf BGU. 832, $_{25}$ mag in diesem Zusammenhange hingewiesen werden. Der Zeilenrest lautet: .....] — *ἐν Πατρικοῖς ἐπὶ βήματος ἐπὶ τῆς τῶν διαστολικῶν ἀπ[....* Es handelt sich um ein Vollstreckungsverfahren bei Hypotheken (vgl. oben S. 55, $_1$). Über die *Πατρικά* (in Alexandrien) vgl. Schubart, Arch. f. Pap. V 70f. und Wilcken, Chrest. S. 60. Während die übrigen Erwähnungen (BGU. 981, $_{I\,9}$; Leipz. 123 und Leipz. unveröffentl. bei Wilcken a. a. O.) sie als ein Zentralarchiv erkennen lassen, erscheinen sie hier als Gerichtsstelle und zwar, wie Schubart wohl mit Recht annimmt, des Erzrichters. Doch möchte ich im Gegensatz zu diesem Forscher Zeile $_{24}$ nicht hierherziehen und nicht verbinden *γεγονέναι δὲ τὴν τοῦ ὑπομνήματος μετάδ[οσιν ....] ἐν Πατρικοῖς ἐπὶ βήματος.* Denn die *μετάδοσις* bedeutet in den Mahn- und Vollstreckungsurkunden sonst nicht die Einreichung beim Erzrichter, sondern die Zustellung an die Partei. Die Lücke zwischen den Zeilen muß groß gewesen sein und, was darin gestanden hat, bleibt ungewiß. Dürfte man Z. $_{25}$ ergänzen: *ἐν Πατρικοῖς ἐπὶ τῆς τῶν διαστολικῶν ἀπ[ολογίας*, so

geben uns zugleich die Gewähr, daß die vorerwähnte Ergänzung von Giess. 34, $_8$ jedenfalls dem Sinne nach zutrifft.[1])

Die zweiseitige Verhandlung der Parteien vor dem Richter und dessen Entscheidung bezog sich hiernach auf die Rechtsbeständigkeit der Akte des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens: *διαστολικόν, ἐνεχυρασία, παράδειξις* einerseits und die gegen sie geltend gemachte *ἀντίρρησις* andererseits. Dabei handelte es sich keineswegs bloß um die Prüfung der (formellen) Voraussetzungen des Verfahrens, beispielsweise, ob die in Betracht kommenden Eingaben in der vorgeschriebenen Form und innerhalb der dafür bestehenden Frist eingereicht waren. Vor allem war

---

könnte man darin eine Verhandlung vor dem Tribunal (des Erzrichters) erblicken, die zur Erörterung über *διαστολικά* bestimmt war. Dabei müßte dieser Ausdruck wohl kaum so wörtlich genommen werden, daß man dabei nur an Zahlungsaufträge (XXXVI 231f.) zu denken hätte: auch andere Widersprüche (vgl. oben S. 52ff.) dürften hier ihre Behandlung gefunden haben. Daran, daß man mehrere gleichartige Sachen in einer Tagfahrt zusammenfaßte, würde nichts Befremdliches liegen. Man könnte einmal daran denken, daß Gläubigern die Verteidigung ihrer durch *ἀντίρρησις* angegriffenen *διαστολικά* (usw.) ermöglicht werden sollte: der Termin, zu dem Ammoninos in Giess. 34, $_6$f. entboten wird, würde ein Beispiel für eine solche *ἀπολογία* liefern. (Auch an *ἀπ[οδείξεως* könnte man in diesem Sinne in BGU. 832, $_{25}$ denken.) Andererseits aber könnte in einem solchen Termin auch der Verteidigung der Schuldner gegen *διαστολικά* (oder Akte des Vollstreckungsverfahrens) Raum gegeben sein, wie wir sie beim Auftreten des Sabinus für seine Enkelin Menodora in Giess. 34 kennengelernt haben (S. 62f.). Vgl. für den Sprachgebrauch Thukyd. 8, $_{68}$: *θανάτου δίκην ἀπολογησάμενος*; ebenda 8, $_{109}$: *ὅπως — τὰς διαβολὰς — ἀπολογήσηται*; P. Petr. III 21 (g), $_{38}$. $_{39}$ (Chrest. II 21): *ἀπολογεῖσθαι τὴν δίκην* (von der Beklagten). Ebenso könnte *ἀπολογεῖσθαι τὰ διαστολικὰ* und *ἀπολογία τῶν διαστολικῶν* gesagt werden.

[1]) Was den Wortlaut angeht, so hatte Eger in der Ausgabe *ἄκυρα καταστήσω*, Mitteis in der Chrestomathie II 75, weil der Raum für jene Ergänzung nicht reicht, *ἀθετήσω* oder *ἀκυρώσω* vorgeschlagen. Die Zeilen, deren Ergänzung sicher ist ($_3$. $_5$. $_7$) lassen eine Lücke von 32, 35, 33 Buchstaben erschließen. Unsere Stelle ($_8$) würde, wie sie Eger ausgefüllt hat, 34, nach Mitteis aber nur 27 Buchstaben zählen. Ist der Bruch an der linken Seite ein gleichmäßiger, so würde also die Lesung von Eger vorzuziehen sein. Auch das später (S. 80, $_1$) von mir in Betracht gezogene Passivum *ἀθετηθήσεται* oder *ἀκυρωθήσεται* (12 + 20 = 32 Buchstaben), das der Erzrichter auch gebraucht haben könnte, wenn er sich selbst als Richter ansieht, würde den Raumverhältnissen gerecht werden.

jetzt über die (materielle) Berechtigung und Verpflichtung der Parteien zu verhandeln, die in dem vorhergehenden einseitigen Verfahren, z. B. bei der Anordnung der Zustellung des Zahlungsauftrages oder beim Erlaß des Pfändungsbeschlusses, nicht in Frage gezogen war. So mußte darüber geurteilt werden, ob die Forderung, auf Grund deren das *διαστολικόν* (Oxy. 68) oder der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* (Giess. 34) ergangen war, zu Recht bestand und nicht etwa schon getilgt war, ob die durch die *παράδειξις* für die Pfändung in Anspruch genommenen Grundstücke dem Schuldner gehörten (Lond. III 132f. Nr. 908) und was sonst unter den Parteien streitig war. Über die Begrenzung dieses zweiseitigen Verfahrens und namentlich der Beweisaufnahme läßt sich nichts Bestimmtes sagen. Wichtig ist, daß in Giess. 34, $_6$ außer dem Erscheinen des Gläubigers auch das seiner Dienerin angeordnet wird. In letzterer sieht man wohl mit Recht eine Zeugin: dann aber kann das Verfahren kein ganz summarisches gewesen sein.

b) Hemmung des Verfahrens durch Erhebung des Widerspruches.

Die Erhebung des Widerspruches allein, d. h. seine Einreichung oder Erklärung in der Sitzung beim Erzrichter und seine Zustellung an den Gegner setzte demnach dem Mahn- und Vollstreckungsverfahren noch kein Ende.[1]) Daß sie die Grundlage für die Ladung des Gegners zur zweiseitigen Verhandlung über die Rechtsbeständigkeit des angefochtenen Aktes bildete, zeigt Giess. 34, $_6$ff.[2]) Aber sicherlich war das nicht ihre einzige Wirkung. Wenn in Leipz. 120, $_{11}$ff. (nach Erwähnung des Pfändungsbeschlusses) gesagt ist: *μηδε]μιᾶς μοι διευλυτήσεως μηδὲ ἀντιρρήσεως γενομένης ἐνεχυράζω*, so folgt daraus kraft eines wohl sicheren argumentum e contrario, daß die Durchführung der Pfändung[3]) nicht möglich gewesen wäre, wenn dem *χρηματισμὸς*

---

[1]) Anders im modernen Recht: Deutsche ZPO. 695.

[2]) Hier wird der Antrag auf Ladung von der Partei gestellt, welche den Widerspruch geltend gemacht hatte; wahrscheinlich konnte er aber auch von dem Gegner eingebracht werden; vgl. S. 76.

[3]) Näheres s. oben XXXVI 326f.

ἐνεχυρασίας ein Widerspruch des Schuldners entgegengetreten wäre. Ebenso steht es bei BGU. 1038, $_{22}$f.: *καὶ μ]ηδεμιᾶς ἀποδ[ό]σεως [μηδὲ ἀντιρρήσεως γενομένης ἀξιῶ . . . . γραφῆναι τῷ —] — στρατηγῷ καὶ τῷ — ξενικῶν πράκτορι.* Daß die entscheidenden Worte richtig ergänzt sind[1]), ist in hohem Grade wahrscheinlich: dann aber muß auch hier geschlossen werden, daß der Pfändungsbeschluß nicht hätte begehrt und erlassen werden dürfen, wenn gegen das ihm vorhergehende *διαστολικόν* der Widerspruch eingelegt worden wäre. Entsprechend wird man für Oxy. 68 folgern müssen: da der Schuldner die *ἀντίρρησις* hatte zustellen lassen, konnte der Gläubiger, solange sie bestand, die *ἐνεχυρασία* nicht herbeiführen.[2])[3])

Demnach dürfen wir feststellen: die Erhebung des Widerspruches hob das Mahn- und Vollstreckungsverfahren nicht auf, aber sie hemmte es, solange der Widerspruch nicht durch richterliche Entscheidung für ungerechtfertigt erklärt war. Jedenfalls wird man für den schriftlichen Widerspruch behaupten dürfen, daß seine Erhebung genügte, um das Verfahren zu sperren. In Lond. III 132f. Nr. 908, $_{13}$ff. fehlt jene Klausel und wird nur die Zustellung angeordnet.

Aber nach Giess. 34, $_{7}$ möchte es freilich scheinen, als hätte es auch, um das Verfahren zum Ruhen zu bringen, einer richterlichen Anordnung bedurft. Denn hier erläßt

---

[1]) Die Ergänzung stammt von Mitteis (Chrest. 240), nur habe ich entsprechend Lips. 120, $_{12}$ *μηδέ* statt *μήτε* eingefügt.

[2]) Freilich muß man gerade hier beachten, daß das Verfahren einseitig war. Denkbar wäre es also, daß der Gläubiger unter Verschweigung des gegen das *διαστολικόν* eingelegten Widerspruches seine *ἔντευξις* einreichte und den Pfändungsbeschluß erbat. Indessen groß war diese Gefahr für den Schuldner nicht. Denn die Chrematisten prüften, wie wir sahen (XXXVI 284ff. 291ff.), bevor sie die Pfändung verhängten, die *ἔντευξις* hinsichtlich ihrer Voraussetzungen: der Gedanke liegt nahe, daß sie dabei die Vorakten aus dem *καταλογεῖον* heranzogen, und aus diesen mußte sich ergeben, ob ein Widerspruch vorlag. Und selbst wenn es dem Gläubiger gelungen sein sollte, das Gericht zu täuschen und einen Pfändungsbeschluß zu erwirken, so stand ja dem Schuldner auch gegen diesen ein Widerspruch zu, mit dem er geltend machen konnte, daß der frühere nicht berücksichtigt war.

[3]) Über Lond. III 132f. Nr. 908f. im folgenden (S. 72ff).

der ἀρχιδικαστής zugleich mit dem Ladungsbefehl die vorläufige Verfügung: μηδενὸς νεωτεριζομένου μέχρι τῆς παρ' ἐμοὶ κρίσεως. Indessen müssen diese Worte nicht jenen Sinn haben: sie können auch so verstanden werden, daß der Erzrichter dem Strategen nur einschärfen wollte, daß, nachdem nunmehr mündlich Widerspruch erhoben war, das Verfahren (kraft Gesetzes) ruhen müsse.

c) Wirkung der Replik — βιβλιομαχεῖν.

Schwierigkeiten bietet die Replik des Gläubigers. Sie wird in Oxy. 68, $_{33}$f. in Aussicht genommen, wo der Schuldner das διαστολικόν des Gläubigers als wirkungslos hinstellt nebst allen Schriftsätzen, die er ihm etwa später noch zustellen sollte: σὺν οἷς ἐὰν βιβλιοχαχή[σ]η προςμεταδοῖ.[1]) In Lond. III 132f. Nr. 908, $_{17}$ff. ist uns eine solche Replik erhalten[2]), und zwar stellt sie sich deutlich als ein gegen den Widerspruch des Schuldners gerichteter Widerspruch des Gläubigers dar. Nicht nur die Form der Eingabe als eines beim Erzrichter eingereichten ὑπόμνημα, das durch die von ihm angeordnete und vom Strategen vollzogene Zustellung zum διαστολικόν wird (XXXVI 231), sondern vor allem die Wirkung, die durch den Widerspruch des Schuldners und die Replik des Gläubigers verfolgt wird, hat den gleichen rechtlichen Charakter. Denn wie in Oxy. 68, $_{32}$ das διαστολικόν durch den Widerspruch zum ἄκυρον werden soll[3]), so heißt es auch in Lond. 908, $_{31}$ im Hinblick auf die ἀντίρρησις des Schuldners: ὅπως εἰδῇ ἄκυρον καὶ ἀνώφελες κριθησόμενον ὃ μετέδωκεν ὑπόμνημα.[4]) Jeder Teil verfolgte also mit seiner

---

[1]) Der Satz ist dem Schreiber mißlungen: vgl. Mitteis, Chrest. S. 250 z. d. Stelle.

[2]) Hier wird sogar noch auf fernere Gegenschriften (Dupliken usw.) Bezug genommen ($_{32}$): καὶ ὅσα ἐὰν εἰς ὕστερον μεταδῷ.

[3]) Vgl. auch Oxy. 1203, $_{24}$.

[4]) Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 79, $_{2}$ weist, ohne freilich weitere Folgerungen daraus zu ziehen, darauf hin, daß in Oxy. 68, $_{32}$f. als Wirkung der Eingabe angeführt wird: ἄκυρον καθεστὸς — ὃ μετέδωκέ μοι διαστολικόν, während es in Lond. 908, $_{31}$ heißt: ἄκυρον — κριθησόμενον. Ich glaube, die Verschiedenheit liegt nur im Ausdruck, denn es ist zu beachten, daß sich καθεστός in der ersten Stelle nicht bloß auf das vorliegende διαστολικόν des Gläubigers, sondern auch auf seine vielleicht erfolgenden zukünftigen Eingaben bezieht, und daß auch Oxy. 68

Eingabe das Ziel, die Eingabe des anderen zu entkräften. Es fragt sich aber, inwiefern es für den Gläubiger, der sein Begehren ja schon in dem Zahlungsauftrag und im weiteren Verlauf in der *ἔντευξις*, mit der er den Pfändungsbeschluß erwirkte, zum Ausdruck gebracht hatte, und dem auch später, wenn es zur gerichtlichen Verhandlung kam, noch Gelegenheit gegeben war, sich über das Vorbringen des Schuldners zu äußern, notwendig oder doch von Vorteil war, den Widerspruch des Schuldners sogleich durch ein formgerechtes *διασταλικόν* zu bekämpfen. Daß er nur dann von sich aus die gerichtliche Verhandlung hätte beantragen können, wenn er die Replik im obigen Sinne geltend gemacht hatte, daß also mit anderen Worten jeder Teil nur auf Grund seines eigenen Widerspruches den Richter hätte anrufen können, ist trotz des Formalismus, der das ganze Mahn- und Vollstreckungsverfahren beherrscht, schwer zu glauben. Eher könnte man sich vorstellen, daß der Widerspruch des Schuldners, der, wie wir sahen, zunächst nur die Hemmung des Verfahrens bewirkte, wenn er unbestritten blieb, nach Ablauf einer bestimmten Frist durch eine Art Verschweigung unanfechtbar wurde und so dem Verfahren ein Ende setzte.[1]) Dann hätte der Gläubiger allen Grund gehabt, ihm mit einer Replik zu begegnen. Indessen lege ich kein großes Gewicht auf diesen Erklärungsversuch, der zwar zu einer, wie ich meine, befriedigenden Lösung der aufgeworfenen Frage führen würde, sich aber unmittelbar aus den Quellen nicht beweisen läßt. Wichtiger ist, daß man sich, lediglich auf die obigen Feststellungen über die Wirkung der *ἀντίρρησις* gestützt, klarmacht, welche Folgen es für den Schuldner und Gläubiger haben mußte, wenn sie Widerspruch und Replik erhoben und wenn sie davon absahen. Der Schuldner konnte sich gegenüber dem Zahlungsauftrag zunächst mit seinem Widerspruch begnügen:

---

ausdrücklich auf den eventuell nötigen Prozeß hinweist (*μένουσαν δ' ἐμοὶ τὴν πρὸς αὐτὸν κρίσιν*).

[1]) Hier ist nur vom Mahn- und Vollstreckungsverfahren vor Erzrichter und Chrematisten die Rede. Daß Klage, Verhandlung und Urteil im ordentlichen Verfahren ausgeschlossen gewesen wären, soll nicht behauptet werden. Vgl. unten S. 94ff.

da dieser das Verfahren hemmte, wird er selbst in der Regel kein Interesse gehabt haben, die Entscheidung des Richters anzurufen. Etwas anders lag die Sache, wenn bereits ein *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* ergangen war: zwar hatte der Gläubiger an den Grundstücken, welche (durch die *παράδειξις*) der Pfändung unterworfen wurden, weder Besitz noch Nutzung — beides erlangte er erst durch die *ἐμβαδεία* —, aber die Pfändung als solche konnte vom Schuldner durch seinen Widerspruch, der nur das Fortlaufen des Verfahrens hinderte, nicht beseitigt werden.[1]) Das allein war ein Nachteil für den Schuldner[2]), der ihn veranlassen konnte, die richterliche Entscheidung anzurufen, wie es in Giess. 34 tatsächlich geschieht. Immer aber mußte der Gläubiger, der das durch den Schuldner gesperrte Verfahren nicht fortführen konnte, bestrebt sein, dessen Widerspruch unschädlich zu machen. Das konnte er, wenn er die Sache nicht gleich auf die richterliche Entscheidung abstellen wollte[3]), durch seine Replik erreichen. Denn wenn diese, wie wir sahen, die gleichen Wirkungen hatte wie der Widerspruch des Schuldners, ihn also entkräftete (Lond. Nr. 908, $_{31}$), so konnte der Schuldner sich nicht mehr auf ihn stützen, wenn er der Fortführung des Verfahrens entgegentreten wollte. Die Replik konnte der Schuldner nun wieder durch eine Duplik wirkungslos machen (Lond. 908, $_{32}$), wodurch also wieder der Gläubiger an der Fortsetzung des Verfahrens gehindert wurde usw.

In diesem Sinne ist das *βιβλιομαχεῖν* zu verstehen.[4])

---

[1]) Das zeigt Giess. 34, wo deutlich ausgesprochen ist, daß die *ἐνεχυρασία* erst durch den Richter aufgehoben werden soll.

[2]) So war er z. B. an der Veräußerung und Belastung der gepfändeten Grundstücke behindert: es mag dahingestellt bleiben, ob rechtlich, jedenfalls war er es tatsächlich und wirtschaftlich.

[3]) Das wollte offenbar die Gläubigerin in Lond. III 132f. Nr. 908 nicht, da sie keine Ladung des Schuldners beantragte. Was sie veranlaßte, sich zunächst auf die Replik zu beschränken, läßt sich natürlich nicht sagen: die richterliche Entscheidung konnte auch gegen sie ausfallen und vielleicht erreichte sie mit der Replik allein ihr Ziel (vgl. S. 78, $_{2}$).

[4]) Wie der Ausdruck hier aufgefaßt wird, sind darunter nur der Widerspruch und die zu seiner Anfechtung oder Aufrechterhaltung gewechselten Eingaben zu verstehen. Nur darin liegt ein wirkliches 'Kämpfen mit Schriftsätzen', und nur solche innerhalb der gegenwärtigen Lage des Verfahrens ausgetauschten Streitschriften haben wir in Lond. III 132f.

Ein belangloser Schriftenwechsel, in dem die Parteien sich gegenseitig erklärten, die Behauptungen des anderen Teiles nicht anerkennen und bei den eigenen verbleiben zu wollen, war es sicherlich nicht: dazu wäre es zu kostspielig und zu zeitraubend gewesen.[1]) Eine Rechtswirkung mußte dem Widerspruch, der Replik, Duplik usw. innewohnen: daß dies nicht die Aufhebung, sondern die Hemmung des angefochtenen Aktes war, glaube ich im vorstehenden erwiesen zu haben. Die erstere war Sache des Gerichts (S. 69 ff.). Für jede der Parteien aber mußte es schon von großem Vorteil sein, den andern Teil an der Fortführung des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens hindern und umgekehrt dies Hindernis beseitigen zu können, bis die, deren Interesse es forderte, die gerichtliche Entscheidung anrief.[2])

d) Aussetzung des Verfahrens durch Richterspruch?

Wir haben im vorhergehenden als Inhalt des über den Widerspruch (und einer etwa eingelegten Replik usw.) im Vollstreckungsverfahren erkennenden Urteils die Entscheidung über den Fortgang oder die Aufhebung des Verfahrens

---

Nr. 908 vor uns. Nicht also sind solche Eingaben gemeint, mit denen der Gläubiger versuchen könnte, das Verfahren fortzuführen, also beispielsweise gegenüber Oxy. 68 die *ἔντευξις*, wenn er die *ἐνεχυρασία* hätte einleiten wollen. Gewiß wäre auch sie vom Schuldner als *ἄκυρος* angesehen worden, aber einen Angriff gegen die *ἀντίρρησις* enthielte sie nicht: sie würde vielmehr voraussetzen, daß entweder kein Widerspruch erfolgt (BGU. 1038, [$_{22}$f.]; vgl. S. 74) oder daß er überwunden war: ein 'Schriftstreit' darf in ihrer Einreichung nicht gesehen werden.

[1]) Zur Einreichung mußte, wenn die Partei nicht selbst nach Alexandrien reisen wollte, ein Bevollmächtigter dorthin entsandt werden (*διαποστέλλειν*) oder doch dort bestellt werden. Des Reisegeldes wird in Grenf. II 71, II $_{27}$ (*δημοσίωσις*) gedacht. Auch war der Akt wohl kaum von Gebühren und Sporteln frei, jedenfalls machte das Schreibwesen und die Zustellung Kosten. — Auch als vorbereitender Schriftenwechsel im modernen Sinne ist das *βιβλιομαχεῖν* nicht anzusehen: es arbeitete nicht der mündlichen Verhandlung vor, sondern schaffte selbständig eine Streitlage, die durch diese Verhandlung aufgehoben werden konnte.

[2]) Noch größere Bedeutung würde den *βιβλιομαχεῖν* innewohnen, wenn die Parteien hoffen durften, durch Widerspruch oder Replik usw. auch ohne den Richter anzurufen und vor ihm in Alexandrien erscheinen zu müssen, zum Ziele zu kommen: ich habe oben S. 76 darauf hingewiesen, daß vielleicht dem Zeitablauf eine solche Bedeutung zukam.

kennengelernt. Es bleibt die Frage übrig, ob der Richter, wenn er den Widerspruch für gerechtfertigt hielt, notwendig so entscheiden mußte, ob er nicht statt der Aufhebung auch bloß die Aussetzung des Verfahrens anordnen konnte. Ein zwingender Quellenbeweis hierfür läßt sich nicht erbringen[1]), andererseits aber auch kein Grund ersehen, weshalb eine richterliche Entscheidung von geringerer Tragweite als die durch die S. 69f. genannten Urkunden nachweisbare ausgeschlossen gewesen sein sollte. Jedenfalls würde eine dahingehende Vermutung sich nicht schon deshalb verbieten, weil nach den vorstehenden Darlegungen schon der Erhebung des Widerspruches (der Replik usw.) hemmende Wirkung zukam. Der Richterspruch hätte demgegenüber auch nicht etwa lediglich die Bedeutung einer Bestätigung gehabt: er hätte vor allem das weitere Streiten der Parteien im Vollstreckungsverfahren, das *βιβλιομαχεῖν*, ausgeschlossen oder doch gegenstandslos gemacht. Von praktischer Bedeutung mußte er namentlich dann werden, wenn ein den Gegenstand der Vollstreckung betreffender Rechtsstreit der Parteien vor dem ordentlichen Prozeßrichter auszutragen war. Unter diesem Gesichtspunkt werden wir später (S. 94. 96. 108ff. 117f.) auf die hier berührte Frage zurückkommen.

e) Entscheidung durch den Erzrichter.

Wir wenden uns nun der Frage zu, vor welchem Gericht (*δικαστήριον*, Giess. 34, $_6$) die Verhandlung stattfand und wessen Entscheidung angerufen wurde. In Giess. 34, $_7$ sagt der Erzrichter: *μέχρι τῆς παρ' ἐμοὶ κρίσεως*. Die Worte lassen zwei Auslegungen zu: es kann damit ein Prozeß[2])

---

[1]) Ein solcher ist gegeben, wenn die unten S. 107ff. vorgetragene Auslegung von Catt. Verso zutrifft. Aber weil auch dabei nur von Wahrscheinlichkeit, nicht von Sicherheit gesprochen werden kann, will ich mich hier nicht darauf berufen.

[2]) *Κρίσις* hat, was oft übersehen wird, in der Literatur und den Urkunden häufig die Bedeutung 'Prozeß' im allgemeinen: vgl. Lysias 13, $_{35}$ (*κρίσιν ποιεῖν τινι*); Lykurg $_{31}$ (*κρίσεις ἐνίστασθαι*); Thukyd. 1, $_{34}$ (*προκαλεῖσθαι εἰς κρίσιν*); 1, $_{131}$ (*ῥαδιουργίας προτιθέναι κρίσιν*). Nur so ist es auch verständlich, daß von einem *κρίνειν* der Partei gesprochen wird (prozessieren): vgl. Dem. 25, $_{38}$ (*ὑπισχνούμενος κρινεῖν*); Plut. Caes. 4 (*Δολαβέλλαν ἔκρινε κακώσεως ἐπαρχίας*); Manandros *'Επιτρέποντες* 3 (Körte)

gemeint sein, der sich vor dem ἀρχιδικαστής als Richter, oder ein solcher, der sich vor einem bei ihm bestehenden Gerichtshofe abspielte. In letzterem Falle würde man von selbst auf die Chrematisten geführt: es hat etwas Verlockendes, sie sich auch als Richter in der zweiseitigen Verhandlung über den Widerspruch gegen ihren Pfändungsbeschluß und die ihn ausführenden Akte vorzustellen.[1]) Indessen erwächst ein erhebliches und, wie ich glaube, nach Lage unserer Quellen nicht zu überwindendes Bedenken gegen diese Anschauung daraus, daß die Eingaben, welche sonst die Tätigkeit der Chrematisten nach sich ziehen, als *ἐντεύξεις* (*εἰς τὸ τοῦ βασιλέως ὄνομα*) an den Statthalter gerichtet sind (XXXVI 267ff.), während die, welche die *ἀντίρρησις* geltend machen, beim *ἀρχιδικαστής* eingereicht (Lond. III 132f. Nr. 908) oder zu Protokoll erklärt werden (Giess. 34).[2]) So spricht die Wahrscheinlichkeit doch dafür, daß der Erzrichter[3]) selbst über den Widerspruch, auch wenn dieser die *ἐνεχυρασία* (*παράδειξις*) oder *ἐμβαδεία* betraf, zu erkennen hatte.[4])

(*κρινώμεθα*). Aus den Papyrusurkunden vgl.: Par. 14, $_{37}$ (= Tor. 4; vgl. oben XXXVI 284, $_{1}$); Amh. 33, $_{18. \, 30}$; Oxy. 471, $_{135}$; Lond. II 152f. Nr. 196, $_{6}$ (*πέμπειν τινὰ εἰς κρίσιν*).

[1]) Der erhaltene Text von Giess. 34 würde dieser Annahme nicht entgegenstehen, nur dürfte dann in Z. $_{8}$ nicht ergänzt werden *ἄκυρα καταστήσω* (Eger) oder *ἀθετήσω* oder *ἀκυρώσω* (Mitteis), sondern müßte das Passivum *ἀθετηθήσεται* oder *ἀκυρωθήσεται* eingesetzt werden. Der Erzrichter würde dann dem Gläubiger nicht mitteilen lassen, was er zu tun gedenkt, sondern allgemein angeben, welche Folge eintreten wird, wenn der Gläubiger nicht erscheint, gleichviel wer sie verhängt. Vgl. S. 72, $_{1}$.

[2]) Weniger Gewicht würde ich darauf legen, daß in Giess. 34 nicht nur die Aufhebung der *ἐνεχυρασία*, sondern auch die des *διαστολικόν* in Aussicht gestellt wird. Würde es sich nur um das letztere handeln, so könnte für seine Aufhebung wohl nur der Erzrichter in Betracht kommen (an den auch aller Wahrscheinlichkeit nach Oxy. 68 gerichtet war), denn mit dem Zahlungsauftrag allein waren die Chrematisten, soviel wir wissen, nicht befaßt. Erklärlich aber wäre es, wenn sie mit dem von ihnen ausgehenden Pfändungsbeschluß auch zugleich dessen Grundlage beseitigt hätten.

[3]) Daß für die Entscheidung über den Widerspruch verschiedene Richter zuständig gewesen seien, braucht man, wie ich meine, wegen Oxy. 68, $_{35}$ *κρίσιν ἐφ' ὧν δέον ἐστίν* nicht anzunehmen. Vgl. oben S. 70, $_{3}$.

[4]) Die Möglichkeit, daß der Erzrichter über den Widerspruch entschied, hat schon Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 31 erwogen. Mit Recht

Er konnte demnach Beschlüsse der Chrematisten aufheben, vielleicht auch abändern und verbessern. Innerhalb des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens[1]) war er also nicht nur Geschäftsleiter und erließ er nicht nur die erforderlichen Anweisungen an die Ortsbeamten, sondern waltete er auch als Oberrichter und entschied als solcher über Fortgang oder Aufhebung des Verfahrens. Wie wichtig das für die Auffassung seines Amtes überhaupt und vielleicht auch über dessen ursprüngliche Bedeutung ist, wurde schon hervorgehoben.[2])

4. Zu Pap. Ryl. 113.

In diesem Zusammenhange[3]) soll schließlich noch ein Blick auf die neuerdings bekannt gewordene Urkunde

---

hat er davon abgesehen, sie durch Oxy. 260 (Chrest. II 74) zu beweisen: und zwar nicht nur, weil diese Urkunde, wie K. hervorhebt, auch andere Auslegung zuläßt, sondern namentlich auch, weil es ohne eine Häufung von Vermutungen schwer sein würde, darzutun, daß die Parteien, die vor dem Strategen stritten und sich vor ihm dahin einigten, vor dem Erzrichter zu erscheinen, sich in einem Mahn- oder Vollstreckungsverfahren befanden. — Gegen die Annahme einer Entscheidung des Erzrichters hat sich Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 390, Grundzüge 127 und Chrest. S. 84 ausgesprochen. Die Schwierigkeit, die Mitteis darin fand, daß das 'Vollstreckungsdekret' vom Präfekten ausgegangen sei, also auch dessen Aufhebung zunächst von ihm erbeten werden müsse, besteht nicht mehr, seitdem wir wissen, daß der Pfändungsbeschluß von den Chrematisten erlassen wurde. — Vgl. über die hier behandelte Frage auch oben S. 71f., $_2$ und unten S. 104ff.

[1]) Das betone ich: über die Frage, ob und inwieweit der Erzrichter etwa außerhalb dieses Kreises selbständige Gerichtsbarkeit hatte, ist damit nichts gesagt. Vgl. darüber Wenger, Rechtshist. Papyrusforschungen 94ff. 151f. 161; Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII 280; Schubart, Arch. f. Pap. V 69; Mitteis, Grundzüge 28. — Zu den dem Erzrichter vom Statthalter übertragenen Prozessen ist der in Jand. 9, $_6$ff. erwähnte hinzugetreten (dazu Wilcken, Arch. f. Pap. VI 292ff.).

[2]) Vgl. oben XXXVI 258 und im VIII. Kap. Unmöglich ist es übrigens auch nicht, daß Hal. 10, $_{1.\,5}$ (*κρίνωνται, κρίσεων*) Vollstreckungsangelegenheiten betraf: doch sind die Reste so dürftig und ist unsere Kenntnis des Vollstreckungsverfahrens des 3. Jahrhunderts v. Chr. so gering, daß selbst eine Vermutung hier nicht am Platze wäre.

[3]) Ich will damit nicht der Bezeichnung 'verspätete *ἀντίρρησις*', die Mitteis, Z. Sav. St. XXXVII 320f. vorgeschlagen hat, beitreten. Im weiteren Sinne mag man den Ausdruck gelten lassen (vgl. unten

Ryl. 113, ein Gesuch an den Statthalter M. Petronius Mamertinus[1]) aus den Jahren 132/133 geworfen werden. Über die ungeschickt abgefaßte, sprachlich und sachlich gleich unklare Eingabe zu einem einwandfreien Ergebnis zu gelangen, halte ich für ausgeschlossen. Besondere Schwierigkeiten bereitet es dem Verständnis, daß der Gesuchsteller über die Einzelheiten des vorangegangenen Verfahrens teils hinweggeht, teils sie mit mehrdeutigen Ausdrücken nur berührt. So wird man sich mit Vermutungen über das, was er sagen wollte, begnügen müssen.

Sarapâs und Genossen hatten gelegentlich des letzten (der gegenwärtigen Eingabe vorhergehenden) Konvents, der von dem früheren Statthalter T. Flavius Titianus zu Memphis wahrscheinlich im Frühjahr 132[2]) abgehalten war, dem Hierakion eine Urkunde zugestellt (*διεστείλαντό μοι*), in der sie einen Anspruch gegen ihn geltend machten. Später war eine Entscheidung gegen Hierakion ergangen (*κριϑῆναι*), die diesen veranlaßte, den Gegnern Zahlung zu leisten.[3])

S. 87, $_2$), aber eine *ἀντίρρησις* im technischen Sinne des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens stellt die vorliegende Eingabe (als solche) nicht dar. Diese ist nicht bloß ausgeschlossen, weil sie zu spät kommen würde, sondern vor allem, weil sie an den Erzrichter, nicht an den Statthalter gerichtet sein müßte.

[1]) Das früheste bekannte Datum dieses Statthalters ist der 11. Nov. 133 (Oxy. 237, VIII $_{43}$). Vgl. Anm. 2.

[2]) Den Ort kann man daraus erschließen, daß der belangte Schuldner Hierakion zu Letopolis in der Thebais seine Heimat hatte. Vgl. Wilcken, Arch. f. Pap. IV 374ff. 396f. Die Zeit ergibt sich daraus, daß Titianus, der bis zum 30. Juni 132 nachweisbar ist (Hamb. 7, $_6$. $_{21}$f.), als Leiter des Konventes genannt wird ($_{18}$f.). Über die Jahreszeit s. Wilcken a. a. O. 415ff. Da dieser Konvent als *πρότερος διαλογισμός* bezeichnet wird, hat der erste des Mamertinus (vgl. Anm. 1), der bei regelmäßigem Geschäftsgang in das Frühjahr 133 zu setzen wäre, noch nicht stattgefunden. Unsere Eingabe fällt also in die zweite Hälfte 132 oder den Anfang 133 n. Chr.

[3]) So ist die Angabe des Schuldners ($_{27}$ff.): *καὶ μόλις πάντα τὰ ἐμαυτοῦ πολήσας ἐδυνήϑην πληρῶσαι*, wenn man ihn beim Worte nehmen will, aufzufassen. Vergleicht man aber die Eingaben wegen Körperverletzungen in Lond. I 227 Nr. 113 (12d), $_8$. $_{11}$f. und Amh. 141, $_{10}$, in welchen der Beschwerdeführer von sich selbst sagt: *ἀπέϑανον, ἐφ[ό]νευσέν με, πληγαῖς με κατέκτι[να]ν*, so darf man vielleicht auch dem Hierakion zutrauen, daß er den Mund etwas voll nimmt und in Wirklichkeit nur

Das bereut er jetzt und verlangt von dem neuen Präfekten Gehör für seine Angelegenheit.

Auf die beiden hervorgehobenen griechischen Ausdrücke kommt es an. Es heißt zunächst ($_{14}$ff.): *διεστείλαντό μοι ὡς φασὶν ἔχειν περὶ [πράγ]ματος πρός με δεομέ[ν]ου τῆς διαγνώσεως Φλαυίου Τιτιανοῦ τότε τοῦ ἡγεμονεύσαντ(ος)*. Auf den ersten Schein möchte man die Worte so auffassen: 'sie stellten mir (eine Urkunde) zu, (in der) sie angaben, sie hätten (einen Streit?) gegen mich betreffs einer Angelegenheit, welche die Entscheidung des damaligen Statthalters Flavius Titianus erforderte.[1]) Daß das aber in Wirklichkeit der Sinn der Worte war, erscheint recht zweifelhaft. Zu *ἔχειν* fehlt das Objekt: es ist möglich, daß etwas ausgefallen ist oder daß *ἔχειν* gestrichen werden muß, möglich aber auch, daß der Verfasser aus der Konstruktion gefallen ist und anders fortfahren wollte, als der Satz jetzt lautet. Namentlich ist zu beachten, daß der Inhalt des *διαστέλλειν* aus der Gegenwart des Schreibers der jetzigen Eingabe heraus berichtet wird (*φασίν — τότε — ἡγεμονεύσαντος*): man muß also die Frage aufwerfen, ob der Schuldner, dessen Darstellung ja auch weiterhin recht verworren ist, nicht seine Kritik in die Erzählung des Vorgehens der Gläubiger einfließen läßt.[2]) Insbesondere gilt das hinsichtlich des die Entscheidung des Statthalters Titianus betreffenden Satzgliedes. Faßt man sie in Wirklichkeit als Begründung des Sarapâs auf, so muß *διεστείλαντο* von der Zustellung einer Klage[3]), die vor den Präfekten gehörte, verstanden werden. Dann aber kann das nachher erwähnte *κριθῆναι* ($_{26}$) schwerlich etwas anderes als ein Urteil desselben Präfekten —

meint, er werde infolge des *κριθῆναι* gezwungen sein, seine Habe zu versilbern, um die Gläubiger zu befriedigen, wenn ihm der Präfekt nicht helfe.

[1]) So die Herausgeber, welche übersetzen: 'Sarapas — served a summons upon me, pretending, that they had a case against me which required the decision of the late praefect F. T.'

[2]) Das kommt, wenn auch nicht gerade in dieser Weise, so doch auch sonst öfters vor. Vgl. z. B. Lond. III 132f. Nr. 908, $_{28}$ (Chrest. II 229): *τὰ ἑαυτῷι ἀρέσκον[τ]α κενῶς καὶ [ἀ]νωφελῶς δηλώσας*. Oxy. 1027, $_{10}$ (Chrest. II 199*): *ματαίως εἰστορεῖ*.

[3]) Belege für diese Bedeutung von *διαστέλλειν* (*διαστολή, διαστολικόν*) sind unten zusammengestellt.

höchstens noch eines seiner Delegierten — bedeuten, das doch aller Wahrscheinlichkeit nach auf dem Konvent gesprochen wäre. Demgegenüber versagt jede Erklärung, wie der Schuldner, der in jenem Prozesse rechtskräftig zur Zahlung verurteilt war und sie, wie er angibt, geleistet hatte, von einer Erneuerung des Streites vor Titianus' Nachfolger etwas erhoffen konnte.[1]) Diese Schwierigkeit verschwindet, wenn wir den Hinweis auf das Gericht des Statthalters mit Mitteis als eine Meinungsäußerung des jetzigen Gesuchstellers Hierakion ansehen und *διεστείλαντο* im technischen Sinne von der Zustellung eines Zahlungsauftrages im Mahnverfahren verstehen.[2]) So aufgefaßt entspricht die Ansicht, die Hierakion in den Worten ($_{16}$ff.) *⟨πράγ⟩ματος δεομένου τῆς διαγνώσεως Φλαυίου Τιτιανοῦ κτλ.* zum Ausdruck bringt, genau der nachher von ihm gebrauchten Wendung ($_{30}$ff.): *τοῦ οὖν πράγματος δεομένου τῆς σῆς μειζοπονηρίας*, mit der er den Mamertinus anruft.

Es bleibt die Frage, wie es von dem *διαστολικόν* aus zum *κριθῆναι* kam. Der Gesuchsteller schreibt ($_{21}$ff.): *ὡς συνβῆναι ἐκ τούτου τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν ἐν δραχ(μαῖς) φ καὶ προςβάντος κριθῆναι.* Was er damit meint, läßt sich nur erraten. Zunächst weist er darauf hin, daß nunmehr (d. h. im Anschluß an das *διαστέλλειν*) das (vom

---

[1]) Vorgekommen sein mögen derartige Versuche: aber man sollte denken, daß dann wenigstens irgendein Grund für die Erneuerung in der Eingabe namhaft gemacht wäre. Hier aber findet sich nichts dergleichen. Zu beachten ist, wie in BGU. 613 der Präfekt den Versuch der im Prozeß unterlegenen Partei, den Streit wieder aufzunehmen (*παλινδικεῖν*), durch Verweisung an den Vollstreckungsrichter (*ἐπὶ τῶν κεκριμένων*) erledigt, der das erste Urteil durchführen werde. Darüber im VIII. Kap.

[2]) Mitteis a. a. O. (S. 81, $_{3}$) S. 321 'adversativer Zusatz': sie sandten mir ein *διαστολικόν* in einer Sache, die der Kognition des Statthalters bedurft hätte. Auf die Gründe von M. soll hier insoweit verwiesen werden, als sie nicht im folgenden bekämpft werden. — Eine gewisse Schwierigkeit erwächst aus der Erwähnung des Konvents ($_{7}$f.). Aber sie besteht mindestens ebensosehr, wenn man unter *διαστέλλειν* die Ladung zur gerichtlichen Verhandlung versteht. Denn diese müßte 'zum' Konvent (durch *παραγγελία*), nicht, wie es hier heißt, 'auf' dem Konvent (*ἐπεὶ τῷ — διαλογισμῷ*) erfolgt sein. Eine offene Frage bleibt es auf jeden Fall, wie es kam, daß die Gläubiger sich gerade auf dem Konvent zu ihrem Vorgehen entschlossen.

Gesetz) über die *διαστολικά* Vorgeschriebene erfolgte.[1]) Im allgemeinen soll damit gesagt sein, daß das Verfahren ihn in die Lage versetzte, den genannten Betrag (d. i. die Schuldsumme) bezahlen zu müssen. Das folgende *καὶ προςβάντος κριθῆναι* fasse ich so auf: 'und[2]) als ich (der Schuldner) zum (Richter) ging, wurde gegen mich entschieden.' Welchen Richter aber hat Hierakion angerufen? Den Schlüssel zum Verständnis bietet, wie ich meine, Pap. Giess. 34, 7 (Chrest. II 75), wenn man die oben (S. 58ff., 79ff.) vertretene Auslegung dieser Urkunde zugrunde legt. In ihr wird von einer *κρίσις* des Erzrichters gesprochen, der, wie wir sahen, auf Grund eines Widerspruches des Schuldners darüber zu entscheiden hatte, ob der angefochtene Akt des Vollstreckungsverfahrens aufgehoben werden oder ob das Verfahren seinen Fortgang nehmen sollte. Nehmen wir das gleiche für Ryl. 117 an, so ergibt sich, daß ein Widerspruch

[1]) Auch dafür darf ich auf Mitteis a. a. O. verweisen. Weiter aber vermag ich ihm nicht zu folgen. M. nimmt nämlich an, Hierakion habe gegenüber dem 'Zahlungsbefehl' (*διαστολικόν*) keinen Widerspruch erhoben: so sei dieser 'rechtskräftig' geworden und sei die Vollstreckung angeordnet worden. Letzteres sei der Sinn von *κριθῆναι*, womit das 'Dekret des Statthalters' gemeint sei, das beim Ausbleiben des Widerspruches dem Gläubiger die geforderte Summe 'zuerkennen' müsse. Ich glaube oben (XXXVI 238ff.) gezeigt zu haben, daß es im Vollstreckungsverfahren überhaupt kein Dekret des Statthalters gibt, und daß das, was man so zu bezeichnen pflegt, in Wirklichkeit ein Beschluß der Chrematisten ist. Weiter aber bieten unsere Quellen auch keinen Beleg dafür, daß im Mahn- und Vollstreckungsverfahren, wenn der Schuldner keinen Widerspruch einlegte, eine Behörde — gleichviel welche — dem Gläubiger den geforderten Betrag zuerkannt hätte. Das *διαστολικόν* des Gläubigers, welches den Schuldner auffordert zu zahlen, wird vom Erzrichter lediglich mit dem Zustellungsbefehl versehen. Der Beschluß der Chrematisten gibt dem Strategen und Praktor auf, falls die nötigen Voraussetzungen vorliegen, ihres Amtes zu walten, d. h. die Pfändung zu vollziehen. Im Falle eines Widerspruches entscheidet der Erzrichter über Aufhebung oder Fortsetzung des Verfahrens (oben S. 69ff.). Erst wenn die Sache aus dem Vollstreckungsverfahren ausschied und in das ordentliche Verfahren vor dem Statthalter (Iuridicus) oder einem von ihm delegierten Richter übergeleitet wurde, konnte es in diesem zu einer Zuerkennung oder Abweisung der Forderung durch den Prozeßrichter kommen (darüber unten S. 94ff.).

[2]) Man beachte das *καί*: es wird damit ein weiterer Schritt des Verfahrens eingeführt.

— sei es gegen den erwähnten Zahlungsauftrag, sei es gegen einen schon ergangenen Pfändungsbeschluß — eingelegt war[1])[2]), daß Hierakion darauf zum Erzrichter ging[3]) und daß dessen Erkenntnis gegen ihn ausfiel, so daß nun das *διαστολικόν* (oder der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*) zu Recht bestand und Hierakion sich in die Lage versetzt sah, zahlen zu müssen.[4])

Treffen die vorstehenden Darlegungen zu, so bildet Ryl. 113 eine wichtige Stütze für die vorstehend vorgetragene

---

[1]) Die Herausgeber denken an eine Sicherheitsleistung, welche im Falle einer 'irregularity' des zur Zahlung aufgeforderten Schuldners verfiel. Vor dieser Erklärung hat die unsrige jedenfalls den Vorzug, daß sie mit bekannten Tatsachen rechnet, während, wie Hunt und seine Mitarbeiter selbst hervorheben, von einer solchen Sicherheitsleistung bisher in den in Betracht kommenden Urkunden nichts bekannt geworden ist. — Über Mitteis' Ansicht, daß der rechtzeitige Widerspruch unterblieben sei, s. S. 85 $_1$.

[2]) In welcher Form der hier angenommene Widerspruch eingelegt war, ob schriftlich durch *διαστολικόν* (S. 56f.) oder mündlich zu Protokoll des Erzrichters (S. 58ff.), läßt sich nicht sagen: hierüber soll durch die Verweisung auf Giess. 34 keine Ansicht ausgesprochen sein. Ebenso muß es dahingestellt bleiben, ob die Entscheidung des Erzrichters sich schon an den Widerspruch knüpfte, oder ob vorher noch (wie in Lond. III 132f. Nr. 908) eine Replik des Gläubigers, also ein weiteres *βιβλιομαχεῖν* erfolgt war (vgl. S. 75ff.). Schließlich läßt unsere Urkunde, wie im Text angedeutet ist, auch nichts darüber erkennen, welcher Akt des Verfahrens durch den Widerspruch angegriffen wurde, ob schon der Zahlungsauftrag des Gläubigers (*διαστολικόν*), oder ob es bereits zum Pfändungsbeschlusse (*χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*) gekommen war. Die Worte *τὸ ὡρισμένον ὑπὲρ τῶν διαστολικῶν* (im oben dargelegten Sinne verstanden) mögen vielleicht den Gedanken an einen über den Zahlungsauftrag hinausgehenden weiteren Schritt im Verfahren nahelegen: auch die Zeitverhältnisse (S. 82, $_2$) würden dieser Auffassung schwerlich entgegenstehen. Aber ich glaube, daß auch eine Auslegung, welche die *ἀντίρρησις* an das erste *διαστολικόν* knüpft und ihre Einlegung und Wirkung als das *ὡρισμένον* ansieht, vollauf zu Recht bestehen würde.

[3]) Eine Ergänzung verlangt der absolute Genitiv in Z. $_{25}$f. auf jeden Fall. Ich verstehe ihn so: *προςβάντος μου τῷ ἀρχιδικαστῇ*. Das Beziehungswort ist wie vorher ($_{15}$) bei *ἔχειν* weggelassen oder vielleicht auch ausgefallen.

[4]) Er zahlte also — oder sah sich zur Zahlung gezwungen (S. 82, $_3$) — um der ihm drohenden Pfändung oder, wenn man den *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* als erlassen ansehen will (Anm. 2), um der *προςβολή* und den weiteren Akten des Vollstreckungsverfahrens zu entgehen.

Auffassung der ἀντίρρησις. — Über die Frage, ob und inwiefern der Schuldner von der Anrufung des Präfekten Schutz erhoffen durfte, wird unten (S. 116f.) zu handeln sein.

VI. Eingreifen Dritter in das Vollstreckungsverfahren.

Widerspruch gegen eine schwebende Vollstreckung kann auch von einem Dritten erhoben werden: eine im antiken Rechtsleben[1]) ebenso bekannte Erscheinung wie im modernen. Er findet sich insbesondere auch gegenüber der hier behandelten Vollstreckung auf Grund exekutiver Urkunden. Die wichtigste Frage für unsere Untersuchung ist, welchen Einfluß er auf den Lauf des Verfahrens zu äußern vermochte. Leider lassen uns gerade hierüber unsere Quellen recht sehr im Stiche. Doch soll das wenige, was wir aus ihnen über eine solche 'Exekutionsintervention' erfahren[2]), hier zusammengestellt werden.[3])

1. In Lond. III 132f. Nr. 908[4]) hatte die Gläubigerin gegen ihren Schuldner die ἐνεχυρασία erlangt und die παράδειξις eingeleitet ($_{23}$f.). Hiergegen machte der Schuldner die ἀντίρρησις geltend. Zugleich ließ seine Frau, welche die gepfändeten Grundstücke als ihr Eigentum in Anspruch nahm, der Gläubigerin ein ὑπόμνημα zustellen ($_{32}$f.), um ihre Rechte zu wahren. Die Gläubigerin beantragte nun hinsichtlich dieser Eingabe das gleiche wie betreffs der ἀντίρρησις: sie solle für wirkungslos erklärt werden ($_{31}$ ἀνώ-

[1]) Für das griechische Recht vgl. Rabel, Z. Sav. St. XXXVI 362f. mit Belegen.

[2]) Daß auch für diese Intervention der Ausdruck ἀντίρρησις gebraucht werden könnte, ist möglich: bis jetzt aber hat er sich in diesem weiteren Sinne nicht nachweisen lassen.

[3]) Von Hib. 32 (Chrest. II 37) aus dem Jahre 246 v. Chr. wird hier abgesehen. Die Urkunde bezieht sich auf die Urteilsvollstreckung ($_{7}$f.), von der aus nicht ohne weiteres auf die hier in Frage stehende Vollstreckung exekutiver Urkunden geschlossen werden kann. Aus der ptolemäischen Zeit haben wir keine dieses Verfahren betreffenden Texte, die hier in Betracht kämen. Die der römischen Zeit, die uns erhalten sind, bieten keine Spur des in Hib. 32, $_{17}$f. für das Eingreifen des Dritten maßgebende ἐξομνύναι. Vgl. Rabel (Anm. 1) und im VIII. Kap.

[4]) Vgl. über diese Urkunde oben XXXVI 325f. und hier S. 70. 75 ff.

φελες κριθησόμενον), also im Vollstreckungsverfahren (nötigenfalls) durch Richterspruch zurückgewiesen werden. Gern wüßten wir, ob dieser Antrag Erfolg haben konnte, ob also der Erzrichter (S. 79ff.) auch auf Grund der Eingabe eines Dritten über Fortsetzung oder Beendigung des Vollstreckungsverfahrens entschied. Unsere Urkunde läßt nichts Bestimmtes darüber erkennen. Zwar sehen wir, daß die Gläubigerin sowohl in ihrer Replik (S. 75f.) als auch nachher beim Strategen nur die Zustellung an den Schuldner verlangte ($_{30}$ *αὐτῷ*, $_{10}$f. *τῷ* [— *δηλουμέ*]*νῳ*), daß der Erzrichter auch nur diese anordnete (vgl. $_{15}$ [— *ὡς ὑ*]*πόκειται*) und daß der Strateg nur sie durch seinen Amtsboten ausführen ließ (vgl. $_{39}$ *ἐνωπίῳ*). Doch ist zu beachten, daß die Frau des Schuldners in der Replik nur nebenbei erwähnt wird, daß sie aber ein selbständiges *ὑπόμνημα* eingereicht hatte ($_{32}$f.) und daß wir nicht wissen, was sie in diesem beantragt und was der Erzrichter darauf verfügt hatte. Die Frage, die wir aufgeworfen haben, bleibt also in der Schwebe: immerhin wird man die Möglichkeit, daß der Erzrichter auch gegenüber dem Dritten eine dem *ἀνώφελες κριθησόμενον* entsprechende Entscheidung treffen konnte, ins Auge fassen müssen.

2. Ähnlich ist die Rechtslage in Oxy. 1027 (Chrest. II 199ᵃ).[1]) Der Gläubiger hatte die *ἐνεχυρασία* erwirkt ($_{5 \cdot 7}$) und wollte zur *προςβολή* fortschreiten ($_7$)[2]), als er erfuhr, daß Ammonios, der Vater der Schuldner, für sich ein Pfandrecht an den gepfändeten Grundstücken in Anspruch nahm.[3]) Der Gläubiger reichte nun die vorliegende Eingabe an eine Behörde ein, deren Amtsbezeichnung in der Urkunde verloren ist. Da sie mit 'euch' angeredet wird[4]), also aus einer Mehr-

[1]) Vgl. oben XXXVI 312, $_4$ und unten S. 92f.

[2]) Von der *παράδειξις* wird in dem erhaltenen Text nicht gesprochen. Da bestimmte Grundstücke als von der Pfandhaftung ergriffen angeführt werden ($_2$ff.), ist möglich, daß sie schon vorgenommen war. Doch würde ihre Erwähnung auch durch eine hypallagmatische Verpfändung allein erklärt werden können. Vgl. oben XXXVI 321ff.

[3]) Auf die materielle Sachlage kann hier nicht eingegangen werden. Näheres darüber bei Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 391 und Chrest. S. 220f.

[4]) Die vorliegende Eingabe war an dieselbe Stelle gerichtet wie die des Intervenienten Ammonios. Von diesem heißt es ($_9$): *ἐπιδεδω*[*κέ*]*ναι ὑμῖν*. Vgl. auch ($_1$): *δι' ὑμ*[*ῶν*].

heit von Personen bestand, sind Präfekt Erzrichter und Strateg ausgeschlossen.[1]) Gemeint sein können nach Lage der Sache entweder die *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων*[2]) oder — was mir glaubhafter erscheint — die *ξενικῶν πράκτορες*.[3])

Nicht erhalten sind auch der Antrag des Gläubigers und die Erledigung seines Gesuches. War es an die Praktoren gerichtet, so ist das Einschreiten des Ammonios so zu verstehen, daß er bei den für die *προςβολή* zuständigen Organen den Zuschlag zu verhindern suchte. Das ist offenbar

---

[1]) Dieser Grund trifft zwar nicht die Chrematisten. Aber da sie in keinem der für sie in Betracht kommenden Texte unvermittelt, sondern stets durch den Präfekten angerufen werden (XXXVI 267. 272ff.), scheiden sie hier aus.

[2]) So Hunt in der Ausgabe Oxy. VII S. 160; Mitteis, Z. Sav. St. XXXI 391; Schwarz, Hyp. 104, $_{3}$. Die *βιβλιοφύλακες* sind regelmäßig in der Zweizahl tätig (vgl. Mitteis, Arch. f. Pap. I 185): als einzelne finden sie sich nur in Genf. 44, $_{4 \cdot 28}$ (Chrest. II 215); Erzh. Rain. (in Preisigkes Sammelbuch 5281) und Rain. Inv. 1436 (Chrest. II 200); vgl. außerdem Oxy. 483, $_{38}$ und Leipz. Inv. 508, $_{4}$f. (Chrest. II 196), wo ein *βιβλιοφύλαξ* für sich und im Namen seines Kollegen handelt. Sollten in Oxy. 1027 die *βιβλιοφύλακες* gemeint sein, so könnten sie in der Lage des Verfahrens, welche diese Urkunde voraussetzt, wohl nur für die *κατοχή* der Grundstücke (XXXVI 334f.) in Betracht kommen. Um diese aber handelt es sich hier offenbar nicht: der Intervenient will das Vollstreckungsverfahren zum Stillstand bringen. Vgl. den Text und unten S. 92, $_{2}$.

[3]) Der *ξενικῶν πράκτωρ* ist zwar in den meisten der uns bekannten Fälle (entgegen der Meinung von Mitteis, Chrest. S. 253) als einzelner Beamter tätig (vgl. aus ptolemäischer Zeit: Magd. 41, $_{5}$; Tor. 13, $_{1 \cdot 18 \cdot 24}$; Rein. 7, $_{35}$; Teb. 165; aus römischer Zeit: Oxy. 286, $_{15}$; Leipz. 120, $_{13}$; Oxy. 1203, $_{11 \cdot 22 \cdot 27 \cdot 33}$f.; Berl. Inv. 11664, $_{15}$; BGU. 1038, $_{15 \cdot 23}$; BGU. 970, $_{26}$). Dennoch darf man es wohl als Regel ansehen, daß es mehrere dieser Beamten im Gau gab. Wir haben zwei Urkunden, in denen sie in der Mehrzahl genannt werden: die ptolemäische Rein. 19, $_{17}$ (Teb. 5, $_{221}$f. kommt als allgemeine gesetzliche Vorschrift hier nicht in Betracht) und die römische BGU. 1132, $_{8 \cdot 17}$, wo gewiß die *ξενικῶν πράκτορες*, wenn auch nicht genannt, so doch gemeint sind. Wichtiger ist, daß öfters die Behörde als solche (*ξενικῶν πρακτορεία*) auftritt: so Leipz. 120, $_{1}$; Lond. Nr. 1897, $_{8}$f. (Arch. f. Pap. VI 106f.); Oxy. 712, $_{1}$. 825. In diesen Urkunden ist das Amt einer Mehrheit von Pächtern (*δημοσιῶναι, μισθωταί*) überlassen, die es selbst (Oxy. 712, wo sie als *ἐπιτηρηταί* bezeichnet sind) oder durch ihre Angestellten (*βοηθός πραγματευτής*) ausübten. Es wäre also durchaus angebracht, wenn eine Partei sie, wie in Oxy. 1027, mit *ὑμεῖς* anredete.

auch der Sinn der Worte ($_6$ff.): *ἐξεχομένου μου* (Gläubiger) *τῆς — προςβολῆς προςέπεσέν μοι — Ἀμμώνιον* (Intervenient) — *ἐπιδεδω[κέ]ναι ὑμῖν ὑπόμνημα, ἀφ' οὗ ἔδοξεν δυνήσασθαι ἐμποδισθῆναί μου τὴν πρᾶξιν.* Die *προςβολή* war die nächste, noch ausstehende und von den *ξενικῶν πράκτορες* vorzunehmende Vollstreckungshandlung: gerade darum scheint mir die obige Deutung den Vorzug zu verdienen. Welche Wirkung ein solcher Versuch haben konnte, ob insbesondere die Praktoren in der Lage waren, darauf den Zuschlag auszusetzen, bleibt im dunkeln. Immerhin ist zu beachten, daß der Gläubiger in den uns erhaltenen Worten nur die Richtigkeit der sachlichen Angaben des Intervenienten bemängelt ($_{10}$ff.). Freilich bricht hier der Text ab, so daß wir nicht wissen, ob der Gläubiger nicht hinterher noch behauptete, das Gesuch hätte an eine andere Behörde — etwa den Erzrichter — gerichtet sein müssen, wenn eine solche Annahme auch nicht gerade wahrscheinlich ist.

3. In Frage kommt ferner die unten (S. 99ff.) ausführlich zu besprechende Urkunde Catt. Verso (Chrest. II 88). Hier streiten die ursprünglich im Vollstreckungsverfahren stehenden Parteien, Iulius Agrippianus als Gläubiger und die Kinder und Erben des Valerius Apollinarius als Schuldner, jetzt im ordentlichen Verfahren vor dem Iuridicus und delegierten Richtern. Die Kinder sind durch ihre Mutter Drusilla vertreten, die aber außerdem noch für sich selbst die Ausscheidung ihrer Dos aus dem Nachlasse ihres Mannes, der — wie es scheint durch *ἐμβαδεία* — in die Hände des Gläubigers gelangt war, fordert. Hinsichtlich dieses ihres Anspruches kann man also von einer Intervention reden. Indessen dürften wir die Urkunde hier nur heranziehen, wenn es feststünde. daß Drusilla ihre Forderung schon innerhalb des Vollstreckungsverfahrens geltend gemacht hatte. Da in dieser Hinsicht, wenn auch eine Wahrscheinlichkeit, so doch keine Gewißheit besteht, kann die Urkunde als Grundlage weiterer Schlüsse nicht verwendet werden. Deshalb soll hier von ihr abgesehen und das Nötige später (S. 110f.) dargelegt werden.

4. Auch in Oxy. 653 (Chrest. II 90), einer Urkunde, die uns ebenfalls später noch beschäftigen wird, hatte

die Vollstreckung in hypothekarisch verpfändete Grundstücke bis zur *ἐμβαδεία* geführt. Offenbar erst nach dieser[1]), also — was man hier als feststehend ansehen muß — nach dem letzten Akte des Vollstreckungsverfahrens, meldeten sich dritte Personen, die ebenfalls Pfandrechte an den Grundstücken geltend machten.[2]) Die Sache war unterdessen in das ordentliche Verfahren übergegangen, in dem die Entscheidung einem Militärtribunen überwiesen war. Bei diesem Iudex datus oder — was mir glaubhafter erscheint — bei dem Magistrate (wohl dem Präfekten), der ihn bestellt hatte, werden also die anderen Gläubiger ihre Intervention geltend gemacht haben. Der Militärtribun war es auch, der über sie entschied, indem er den Verkauf der Grundstücke (und gewiß auch die Teilung des Erlöses) anordnete. Näheres s. im VIII. Kap.

5. Die Ausbeute, welche die herangezogenen Urkunden für die von uns aufgeworfene Frage nach der Einwirkung der Intervention eines Dritten auf ein schwebendes Vollstreckungsverfahren bieten[3]), ist gering. Zusammenfassend weise ich auf folgendes hin.

In Lond. Nr. 908 cit. wurde der Widerspruch beim Erzrichter, in Oxy. 1027 cit. nicht bei diesem Beamten, sondern (wahrscheinlich) bei den *ξενικῶν πράκτορες* eingelegt.[4])

---

[1]) Das Auftreten der Intervenienten ($_{14}$f.) wird in der Darstellung des Vertreters des Gläubigers erst nach der *ἐμβαδεία* erwähnt. Denn diese ($_{20}$) wird offenbar durch die Worte ($_{13}$f.) *ἀπενεγκάμεθα πάντα τὰ τούτου χωρία* geschildert. Darauf erst heißt es ($_{14}$f.): *ἐντυχόντων δέ τινων κτλ.*

[2]) Z. $_{26}$: *εἴ τινες δὲ ἄλλοι ἐνόχους ἑαυτοῖς νομίζουσιν εἶναι τὰς ὑποθήκας κτλ.* Damit ist auf die Z. $_{14}$f. erwähnten *τινές* (vorige Anm.) verwiesen. Da auch sie Gläubiger des gemeinsamen Schuldners waren ($_{18}$), so kann auch für sie offenbar nur Pfandhaftung in Frage kommen.

[3]) Nach den vorstehenden Ausführungen muß dabei von Catt. Verso und Oxy. 653 abgesehen werden.

[4]) In beiden Fällen durch ein *ὑπόμνημα*: Oxy. 1027, $_{9}$; Lond. 908, $_{32}$ff. — ob hier der Plural *ὅσα* etwas zu bedeuten hat, ob also schon vorher Eingaben der Frau erfolgt waren, ist für unsere Frage unerheblich —. Im letzteren Falle stellt die Gläubigerin das *ὑπόμνημα*, welches der Schuldner ihr zustellte (d. h. die *ἀντίρρησις*), die *ὑπομνήματα*, welche der Schuldner etwa ferner noch zustellen werde (S. 75ff.), und das *ὑπόμνημα* der Intervenientin auf eine Linie. Daß diese Schriftsätze, die offenbar alle

Das ist darum auffallend, weil der Zeitpunkt der Einlegung in beiden Fällen ziemlich derselbe ist: im ersteren war die *ἐνεχυρασία* (d. h. der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*) ergangen und hatte die *παράδειξις* ($_{23}$), offenbar aber noch nicht die *προςβολή* stattgefunden: im zweiten wird die *ἐνεχυρασία* als erfolgt und die *προςβολή* als bevorstehend hingestellt.[1])

Man muß nun jedenfalls mit der Möglichkeit rechnen, daß im Falle von Oxy. 1027 die angerufene Behörde (die Praktoren) dem Antrage des Intervenienten, die Vollstreckung nicht fortzusetzen, stattgeben konnte. Ob damit aber die Sache erledigt war, bleibt eine offene Frage. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß Ammonios sich zunächst bloß deshalb an die ausführende Behörde gewandt hatte, weil für ihn Gefahr im Verzuge war, und daß die Entscheidung, was mit der Vollstreckung werden sollte, doch noch wie in Lond. 908 beim Erzrichter eingeholt werden mußte.[2]) Es ist nicht gerade wahrscheinlich, daß man den Gerichtsvollziehern einen Spruch, der doch seiner Natur nach ein richterlicher war, übertragen hätte.[3])

Sehen wir aber von dieser besonderen Frage und damit auch von Oxy. 1027 ab: in Lond. 908 ($_{29}$ff.) cit. wird

---

den Weg durch das *καταλογεῖον* ($_{28}$) genommen hatten, bei denen allen das technische Wort *μεταδιδόναι* verwendet wird, gleichen Charakter hatten, daß sie nämlich alle durch den Erzrichter vermittelte *διαστολικά* waren, kann nicht zweifelhaft sein. In Oxy. 1027 ist jedenfalls kein auf Befehl des Erzrichters zugestelltes *διαστολικόν* anzunehmen, denn der Intervenient hat seine Eingabe bei der von ihm angerufenen Behörde (den Praktoren) eingereicht: *ἐπιδεδω[κέ]ναι ὑμῖν* — nicht *μεταδεδωκέναι*. Diese Feststellung genügt hier, um die Verschiedenheit klarzulegen. Im übrigen mag es dahingestellt bleiben, auf welche Weise (*προςέπεσέν μοι*) der Gläubiger von der Eingabe und ihrem Inhalt Kenntnis erhalten hat.

[1]) Wegen der *παράδειξις* s. oben S. 88, $_2$.

[2]) Zum Vergleiche sei auf das Gesuch um vorläufiges Eingreifen des Strategen in Oxy. 1203 hingewiesen (vgl. S. 57, $_3$. 71, $_1$). Eine Verschiedenheit besteht insofern, als in dieser Urkunde der Praktoı durch Vermittlung des Strategen, in Oxy. 1027 aber die Praktoren direkt angerufen werden.

[3]) Noch viel weniger würde man sich die *βιβλιοφύλακες* (S. 89) in dieser Rolle vorstellen können. Daß sie durch ihre Anordnung das Vollstreckungsverfahren zum Stillstand bringen konnten, halte ich für ausgeschlossen.

zweifellos der Spruch eines Richters, und zwar desselben Richters, der über die ἀντίρρησις entscheiden soll — also nach der hier (S. 79ff.) vertretenen Meinung eine Entscheidung des Erzrichters —, über die Berechtigung des Dritten zu seinem Eingriffe in das schwebende Vollstreckungsverfahren begehrt. Wie schon hervorgehoben wurde (S. 87f.), verlangt die Gläubigerin hinsichtlich der Eingabe der Intervenientin das gleiche wie hinsichtlich des Widerspruches des Schuldners, nämlich daß sie für wirkungslos (ἀνώφελες) erklärt, also zurückgewiesen werde und daß demgemäß das Vollstreckungsverfahren seinen Fortgang nehme. Daß tatsächlich in diesem Sinne erkannt werden konnte[1]), darf man gegenüber dem Antrag der Gläubigerin, wenn auch nicht als sicher ansehen, so doch auch nicht in Abrede stellen. Auch macht es keine Schwierigkeiten, sich vorzustellen, daß der Erzrichter die Streitteile, insbesondere auch den Intervenienten, vor sich beschied, sie anhörte und die nötigen Beweise erhob, wie bei der ἀντίρρησις in Giess. 34, $_6$ff. (oben S. 73). Schließlich kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß die Zurückweisung des Intervenienten im Vollstreckungsverfahren, wie sie in Lond. 908 in Aussicht genommen wird, diesen nicht gehindert haben würde, seinen Eigentumsanspruch im ordentlichen Verfahren vor dem Prozeßrichter geltend zu machen.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, wie es im umgekehrten Falle, d. h. dann, wenn der Erzrichter sich vom Rechte des Intervenienten überzeugte, stehen mochte.[2]) Hier fehlt es, wenn wir Catt. Verso zunächst beiseite stellen (vgl. S. 90), an einem Quellenzeugnisse, auch an einem Parteiantrage, wie wir ihn der vorhergehenden Erörterung aus Lond. 908 zugrunde legen konnten.

---

[1]) Ich betone dieses 'konnte', weil ich nicht der Meinung bin, daß der Erzrichter auf Grund einer Intervention überhaupt eine Entscheidung über den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens treffen mußte. Dem Dritten blieb ja der Prozeßweg, um seinem Rechte Geltung zu verschaffen, sei es, daß er auf ihn verwiesen war, sei es, daß sein Widerspruch unberücksichtigt geblieben war. Es tut nicht gut, wo die Quellen fehlen, zu tief in die Möglichkeiten hineinzusteigen.

[2]) Auch das Folgende steht unter dem in Anm. 1 gemachten Vorbehalt.

Verfolgt man die durch diese Urkunde und Giess. 34 gewiesenen Bahnen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß im Falle einer gerechtfertigten Intervention das Vollstreckungsverfahren aufzuheben war.[1]) Doch muß man in Betracht ziehen, daß dieses Vollstreckungsverfahren sich nicht zwischen dem Gläubiger und Intervenienten, sondern zwischen dem Gläubiger und Schuldner abgespielt hatte, die nun beide von der zugunsten des Dritten ergangenen Entscheidung betroffen sein würden (Hauptintervention). So liegt hier die Frage besonders nahe, ob der Erzrichter in solchen Fällen nicht vielleicht bloß die Aussetzung des Verfahrens anordnete, bis der Intervenient seinem Rechte durch Urteil des Prozeßrichters Geltung verschafft hatte, das ihm dann eine Grundlage zu eigener Vollstreckung ebendieses Urteils bot (vgl. oben S. 78f.). Eine Antwort läßt sich aus den bisher herangezogenen Urkunden nicht geben[2]): die Möglichkeit einer solchen Entscheidung darf jedenfalls nicht von der Hand gewiesen werden.

VII. Vollstreckungsverfahren und ordentlicher Prozeß.

Nach der obigen Darstellung war der Widerspruch (*ἀντίρρησις*) ein Rechtsbehelf des Schuldners, der innerhalb des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens vom Schuldner erhoben und vom Erzrichter[3]) erledigt wurde. Da-

---

[1]) Daß der Erzrichter in solchem Falle dem Intervenienten das Eigentum (oder was er sonst für ein Recht geltend machte) zuerkannt hätte, daß er überhaupt eine Entscheidung hätte treffen können, die über den Rahmen des Vollstreckungsverfahrens hinausging, halte ich für ausgeschlossen. Das wäre eine Umgehung und Ausschaltung des ordentlichen Prozesses gewesen, zu der gewiß weder die Parteien, noch dieser Richter befugt war. Man darf demgegenüber auch nicht auf Oxy. 653 verweisen (S. 90f.): hier entscheidet allerdings der Militärtribun über die Berechtigung der Intervenienten, aber er stand als Iudex datus an Stelle des Prozeßrichters.

[2]) Über Catt. Verso s. unten S. 111.

[3]) Der Kürze halber soll hier und im folgenden nur vom *ἀρχιδικαστής* als dem über Aufhebung oder Fortgang des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens urteilenden Richter gesprochen werden, weil die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß ihm diese Aufgabe zufiel: des näheren vgl. S. 79f. 104ff.

neben steht noch eine andere Erscheinung. Es begegnen nämlich Urkunden, in denen nach Einleitung des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens, mag dieses mehr oder weniger weit fortgeschritten sein, die Sache in der üblichen Form durch Ladung auf den Konvent oder durch Libell vor den ordentlichen Richter (Präfekt, Iuridicus) gebracht, vor ihm oder einem von ihm bestellten Richter im gewöhnlichen (ordentlichen)[1]) Prozeßwege verhandelt und ebenso von ihm oder dem Mandatar entschieden wird. Bald ist es dabei der Gläubiger, bald der Schuldner, der das ordentliche Verfahren betreibt.

1. Klage des Gläubigers.

Den vom Gläubiger vollzogenen Übergang aus dem Mahn- und Vollstreckungsverfahren in das ordentliche Verfahren könnte man sich so vorstellen, daß gegen den Zahlungsauftrag oder Pfändungsbeschluß vom Schuldner ein Widerspruch erhoben und vom Erzrichter als berechtigt anerkannt war. Damit war, wie wir sahen, dem Gläubiger die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens unmöglich gemacht. Daß ihm aber, wenn er es nun mit einer Klage versuchte, aus der in jenem Verfahren getroffenen Entscheidung eine Exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. Indessen fehlt es an einem sicheren Quellenbelege für eine Rechtsverfolgung des Gläubigers auf dieser Grundlage. In Frage kommen könnte BGU. 970[2]), wo allerdings die Gläubigerin durch ein Libell das Gericht des Statthalters anruft. Aber doch scheint das Verhältnis nicht das vorher angedeutete gewesen zu sein. Die Gläubigerin hatte Zahlungsauftrag ($_{22}$f.) und Pfändungsbeschluß ($_{26}$) erwirkt: gegen den letzteren machte, wie angenommen werden muß (vgl. S. 53f., $_{3}$), die

---

[1]) Es versteht sich, daß die Bezeichnung 'ordentliches' Verfahren, 'ordentlicher' Prozeß hier nur im Gegensatz zum Mahn- und Vollstreckungsverfahren gebraucht ist.

[2]) Vgl. zu BGU. 970: Nietzoldt, Ehe in Ägypten 53f.; Wilcken, Arch. f. Pap. IV 393; Weiß, Arch. f. Pap. IV 351f. und Pfandrechtliche Untersuchungen I 88ff.; Rabel, Verfügungsbeschränkungen 76f.; Lewald, Grundbuchrecht 68; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 141f.; Mitteis, Chrest. S. 272.

Schuldnerin die *ἀντίρρησις* geltend ($_{25}$). Wäre diese vom Erzrichter anerkannt worden, so wäre damit das Vollstreckungsverfahren für die Gläubigerin erledigt gewesen. Damit aber läßt sich der Text der Urkunde schwer vereinigen. Der nur noch teilweise erhaltene letzte Satz ($_{26}$) *ἄχ[ρι] δὲ οὗ [ἂν (?) τὰ (?)] ἑξῆς ἐπιτελῶ διὰ τοῦ ξενικῶν πράκτ[ορος] ἀκ[ολο]ύθως ᾗ παρεκόμισα ἐνεχυρ[ασί]ᾳ*[1]) läßt erkennen, daß die Klägerin das Vollstreckungsverfahren fortsetzen wollte. Unter den „folgenden" (*ἑξῆς*) Handlungen, die sie durch den *ξενικῶν πράκτωρ* vollziehen lassen wollte, ist ziemlich deutlich auf die *προσβολή*, vielleicht außerdem noch auf die ihr vorangehende *παράδειξις* hingewiesen. Was sie inzwischen vornehmen wollte oder erwartete, sagt uns die Urkunde nicht mehr: aber da die Gläubigerin die Hilfe des Präfekten anrief, werden wir wohl mit der Vermutung nicht fehlgehen, daß sie sein Einschreiten, mit anderen Worten sein Urteil über eine im Verfahren streitig gebliebene oder gewordene Frage forderte. Jedenfalls liegt dieser Sinn so nahe, daß die Auslegung damit rechnen muß.

Die Frage ist also die, ob eine Partei, hier der Gläubiger, ohne Aufhebung des Vollstreckungsverfahrens und ohne sich an den Erzrichter zu wenden (Giess. 34), von sich aus eine Entscheidung des ordentlichen Richters über seinen vom Gegner durch dessen *ἀντίρρησις* bestrittenen Anspruch herbeiführen konnte. Aus BGU. 970 läßt sich weder eine bejahende, noch eine verneinende Antwort geben. Denn es ist immerhin möglich, daß hier die Gläubigerin den Statthalter nicht aus freien Stücken anrief, sondern daß sie vom Erzrichter an ihn verwiesen war. Es liegt auf der Hand, daß dieser Beamte, der, um eine Entscheidung über die Aufrechterhaltung oder Beendigung des Vollstreckungsverfahrens zu geben, auf das materielle Rechtsverhältnis der Parteien eingehen mußte (S. 72f.), es trotz dieser seiner Zuständigkeit vermeiden mußte, damit der allgemeinen Gerichtsbarkeit des Statthalters vorzugreifen. Auch war sein *δικαστήριον*, wenn die Verhandlungen auch nicht schlechthin als summarische angesehen werden dürfen,

[1]) S. Preisigke, Berichtigungsliste S. 85.

doch kaum geeignet, verwickeltere Fälle, namentlich solche, die über die Frage des Bestehens der im Mahnverfahren geltenden Forderung hinausgriffen, zu erledigen. Man darf nicht vergessen, daß die Grundlage des Verfahrens eine Exekutivurkunde war, und daß die Verhandlungen, deren Grenzen wir im einzelnen nicht bestimmen können, doch wohl im wesentlichen darauf beschränkt waren, ob sich der geltend gemachte Anspruch aus der Urkunde ergab und nicht bereits getilgt war.

Andere Fälle, in denen die Anrufung des Prozeßrichters vom Gläubiger ausging, sind bisher nicht bekannt geworden.

2. Klage des Schuldners.

Eine andere Gestalt weisen die Urkunden auf, in denen der Schuldner das ordentliche Verfahren betreibt. Sein Ziel war selbstverständlich nicht die Aufrechterhaltung und Fortsetzung des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens: im einzelnen konnte es, je nach dem Stande, bis zu dem dieses vorgeschritten war, verschieden sein.

a) Lond. II 172 Nr. 358.

Diese Urkunde (Chrest. II 52) ist hier zu nennen, wenn man, wie ich glaube, berechtigt ist, die Worte ($_{12}$) *ὡς ἐν ἐρημίᾳ ⟨τοῖς νομίμοις (?)⟩ χρησαμένων* mit **Mitteis** auf das Mahnverfahren zu beziehen.[1]) Dieses war nach der Urkunde von den Gläubigern eingeleitet: der Schuldner aber wandte sich demgegenüber zunächst mit einem Libell an den Statthalter, und da die Sache auf diesem Wege keine Erledigung fand, beantragte er in der vorliegenden Eingabe die Ladung der Gegner auf den nächsten Konvent. Nun kann man freilich zweifeln, ob er in seiner recht ungeschickten Darstellung alle wesentlichen Tatsachen mitgeteilt hat, ob er es nicht etwa unterlassen hat zu erwähnen, daß er vom Erzrichter mit seiner Sache an den Präfekten verwiesen

---

[1]) Mitteis, Grundzüge 122. Die Einschiebung von ⟨*τοῖς νομίμοις*⟩ ist von M. nur als Versuch betrachtet (Anm. 3), von dessen Richtigkeit aber die vorgetragene Auffassung nicht abhängt. Über die formale Grundlage des Verfahrens s. **Jörs**, Z. Sav. St. XXXIV 140, $_1$.

wurde. Ein ausreichender Grund zu einer solchen Unterstellung liegt aber nicht vor: seiner Angabe nach müßte man eher denken, daß er den Libell aus eigenem Antrieb ($_{14}$ μὴ κατη[σ]υχάσας) eingereicht habe. Jedenfalls wird man nach dieser Urkunde es ebenso wie nach BGU. 970 als möglich ansehen dürfen, daß eine Partei — hier der Schuldner, dort der Gläubiger — die Sache von sich aus auf den Weg des ordentlichen Verfahrens bringen konnte. Bedauerlich ist, daß wir aus P. Lond. cit. nichts darüber erfahren, ob bloß erst ein Zahlungsauftrag ergangen war[1]), oder in welchem Stadium sonst sich das Mahn- und Vollstreckungsverfahren zur Zeit der Klageerhebung befand und welche Wirkung diese auf jenes hatte.[2])

---

[1]) Die Beklagten, sagt der Gesuchsteller, glaubten, es werde ihnen ihr gesetzwidriges und ungerechtes Vorhaben glücken (*οἰομένων προχωρεῖν αὐτοῖς τὰ ἄνομα καὶ ἄδικα*). Danach scheinen sie nicht bloß gedroht, sondern schon einen Anfang mit dem Verfahren gemacht zu haben (Zahlungsauftrag). Den weiteren Schritten will nun Demetrios durch seine Klage vorbeugen. Diese Auslegung scheint mir dem Wortlaut von Z. $_{12}$f. am besten zu entsprechen, der freilich recht dunkel ist und auch an dieser Stelle Zweifeln Raum läßt.

[2]) Auf Oxy. 484 möchte ich in diesem Zusammenhange wenigstens hindeuten. Der Gesuchsteller Pausiris gibt an ($_7$ff.): *Δ[ίδυ]μ[ο]ς — διέσταλκέν μ[ο]ι ὡς ἐνεδρεύσαντι Δίδυμον υἱὸν αὐτοῦ περὶ πυροῦ.* Die Urkunde gehört dann hierher, wenn wir annehmen dürfen, daß unter *διαστέλλειν* die durch den Erzrichter vermittelte Zustellung eines Zahlungsauftrages (*διαστολικόν*) zu verstehen sei. Dann wäre unsere Urkunde ein Beleg dafür, daß durch eine Partei die im Mahnverfahren anhängige Sache vor den Konvent gezogen, also auf den Weg des ordentlichen Verfahrens gebracht wurde. (In dieser Hinsicht bliebe es unerheblich, wie die Ladung des Sohnes Didymos zu erklären ist: vgl. Wenger, Stellvertretung 149, $_3$; Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. W. (phil.-hist.) LXII 68f.) Aber jene Auslegung des *διαστέλλειν* ist nur möglich, nicht notwendig. Und auch wenn wir sie uns zu eigen machen, bleibt die Parteistellung und die materielle Rechtslage im unklaren. Jedenfalls wird dem Pausiris von Didymos Dolus vorgeworfen: ob aber *ἐνεδρεύσαντι περὶ πυροῦ* bedeuten soll, er habe sich auf betrügerische Weise Weizen zu verschaffen gewußt — dann würde Didymos für seinen Sohn als Gläubiger den Weizen in dem Zahlungsauftrage von Pausiris als Schuldner zurückgefordert haben —, oder ob es heißen soll, Pausiris habe als (angeblicher) Gläubiger durch sein *διαστολικόν* einen rechtswidrigen Anspruch gegen Didymos (den Sohn) als Schuldner geltend gemacht, bleibt zweifelhaft. Irgendwelche zuverlässigen Schlüsse lassen sich also aus der Urkunde für die uns beschäftigende Frage nicht ziehen.

b) Catt. Verso.

Tiefer führt in die hier behandelten Fragen P. Catt. Verso (Chrest. II 88) mit den ergänzenden Urkunden Lond. II 152f. Nr. 196 (Chrest. II 87) und BGU. 1019, sämtlich um 141 n. Chr.[1])

Iulius Agrippianus hatte dem Valerius Apollinarius seit 117 v. Chr. mehrere Darlehen, zum größten Teile unter hypothekarischer Sicherheit, gegeben. Obwohl ein Teil des Kapitals zurückgezahlt war, bestand doch Schuld und Haftung noch in erheblicher Höhe fort.[2]) Der Gläubiger brachte nun (frühestens 128/9 n. Chr.), wie die uns in Catt. Verso erhaltene Eingabe seines gleichnamigen Sohnes und Erben sagt (I_{11}f.), die 'gesetzlichen' Rechtsbehelfe gegen den Schuldner in Anwendung: *ἐχρ̣ήσατο τοῖς νομίμοις*. Daß damit das Vollstreckungsverfahren auf Grund der die Darlehen und Hypotheken verbriefenden (exekutiven) Schuldurkunden gemeint ist, kann als sicher gelten.[3]) Und ebenso

---

[1]) Zu diesen Urkunden vgl. vor allem Meyer, Arch. f. Pap. III 91ff. 247f., außerdem Boulard, Les instructions écrites 76ff.; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen I 93f.

[2]) Die einzelnen Schuldposten werden als Anlage zu dem uns in Lond. II 152f. Nr. 196 erhaltenen Verhandlungsprotokoll aufgeführt ($_{19}$ff.). Diese Übersicht schließt mit einem Guthaben des Gläubigers von 3 Talenten 1400 Drachmen, für welche Hypotheken an insgesamt 10¼ Aruren Gartenland hafteten. Dazu kam noch ein weiteres diagrapharisches, nicht hypothekarisch gesichertes Darlehn von 1 Talent 1400 Drachmen. In der uns als Catt. Verso vorliegenden Eingabe erwähnt der Gläubiger weder die Schuldposten noch die Hypotheken: er sagt nur, sein Vater sei Gläubiger des Apollinarius noch vom 13. Jahr Hadrians her (128/9 n. Chr.). Da in dem erwähnten Verzeichnis die einzelnen hypothekarischen Schulden älter sind (beginnend 117 n. Chr.), so muß wohl angenommen werden, daß — wenigstens nach der Auffassung des Gläubigers — im Jahre 128/9 die letzte Berechnung zwischen den Parteien stattgefunden hat, die auch jetzt, mindestens 12 Jahre später, noch maßgebend ist. Denn zwischen dem Protokoll, das die Schuldposten enthält (Lond. cit.), und der vorliegenden Eingabe (Catt. V.) liegt offenbar kein längerer Zwischenraum. Da der Gläubiger damit rechnen konnte, daß dem neu bestellten Richter, dem *μεσίτης καὶ κριτής* (Lond. $_{13}$ff.; Catt. I_{1}f.), das unmittelbar vorhergehende und zu seiner Bestellung führende Protokoll mitgeteilt werden mußte, konnte er sich angesichts der diesem beigegebenen Darstellung des Schuldverhältnisses jetzt des Eingehens darauf enthalten.

[3]) Über die Verwendung des Ausdruckes *νόμιμ̣α* und insbesondere

läßt sich erkennen, daß dieses Verfahren zum Verfall der Pfänder geführt hatte und bis zur *ἐμβαδεία* gediehen war, denn im Verlaufe der weiteren Verhandlungen erscheint der Gläubiger als Eigentümer und Besitzer der Pfandgrundstücke.[1]) Nun starb der Schuldner (I $_{13}$) und wurde von

τοῖς νομίμοις χρῆσθαι in dem oben angegebenen Sinne s. die Nachweise bei Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 114, $_1$ und Meyer, Arch. f. Pap. III 96f. Wollte man die im Text vertretene Ansicht nicht gelten lassen, so müßte man den in Frage stehenden Ausdruck auf die Vollstreckung eines Urteils beziehen. Aber wenn das der Fall wäre, so sollte man annehmen, würde der Gläubiger dieses ebenso erwähnt haben, wie er die später in der Sache ergangenen Urteile genau mit Angabe des Richters, der Parteien und des Inhalts anführt (II—VI). Statt dessen sehen wir, daß dem unserer Eingabe vorhergehenden Verhandlungsprotokoll Lond. II 152f. Nr. 196, $_{19}$ff. lediglich Schuldurkunden dem Richter als Grundlage des Verfahrens benannt werden (vgl. S. 99, $_2$). So spricht alles dafür, daß der Gläubiger auch nur aus ihnen die *ἐμβαδεία* herleitete. Welcher Art das Vollstreckungsverfahren war, läßt sich nicht mit Sicherheit erkennen. Da aber die Forderungen zum größten Teil durch Hypotheken gesichert waren, wird man annehmen dürfen, daß der Gläubiger sich auch vor allem an sie gehalten hat. Ob er daneben auch wegen der pfandlosen *διαγραφή* das Verfahren mit *διαστολικόν* und *ἐνεχυρασία* betrieben hat, muß dahingestellt bleiben.

[1]) Das geht einerseits daraus hervor, daß der ursprüngliche Gläubiger die Nutzungen selbst gezogen hatte (IV $_7$). Nach seinem Tode wurde jedenfalls die Rechtslage und der Besitzstand nicbt geändert, wenn auch sein jugendlicher, bald in Militärdienst tretender Sohn und Erbe die Verwaltung wohl niemals selbst geführt hat: da der Ertrag der Nutzungen hinterlegt wurde (IV $_{27}$), möchte man eine Sequestration vermuten. Weiter stützt sich die im Text vertretene Meinung auf die Verfügungsverbote der in der Sache ergangenen Urteile. Das des Asklepiades untersagte dem Gläubiger Verfügungen hinsichtlich des Vermögens (des Schuldners) (I $_{31}$f.). Dadurch wollte der Richter ihm gewiß nicht etwas einschärfen, das ohnehin unzulässig für ihn gewesen wäre, sondern ein Verbot schaffen, das Zuwiderhandlungen ungültig machte. Der Gläubiger muß also vorher in der Lage und berechtigt gewesen sein, solche Verfügungen vorzunehmen. Von Iuridicus Maximianus wird angeordnet, daß dem Gläubiger, wenns ein Forderungsrecht erwiesen werde (vgl. S. 107f.), das, was ihm von Rechts wegen zukommt, 'verbleiben' solle (III $_3$f.: *μείνῃ αὐτῷ τὰ νόμιμα*; vgl. auch II $_{32}$f.: *ἐ⟨μ⟩μενεῖ* (?) *ἃ δοκεῖ ὁ δαν[εισ]τὴς ἐξῳκονομηκέν⟨αι⟩*), und daß er im entgegengesetzten Falle das, was er durch unberechtigte Verfügungen gewonnen habe (III $_5$f.: *εἴ τι ἔλαβεν μὴ δεόντως ᾠκονομήσας*), in doppeltem Betrage erstatten solle. Auch diese Worte zeigen, daß der Gläubiger Eigentum und Besitz ist: freilich ist die Grundlage seines Rechts, die Forderung, (ganz oder teilweise) bestritten (S. 108.

seinen beiden damals unmündigen Kindern beerbt (I $_{23}$f.).[1]) Zwei testamentarische Vormünder (I $_{26}$f.) scheinen schlecht für die Kinder gesorgt zu haben. Um so energischer trat ihre Mutter Drusilla für sie[2]), außerdem aber auch für sich selbst auf und setzte nun dauernd die Gerichte in Bewegung.

112f.), und für den Fall, daß er sie nicht beweisen kann, wird ihm die Ersatzpflicht auferlegt. Daß *οἰκονομεῖν* hier nicht etwa bloß den allgemeinen Sinn 'verwalten, wirtschaften' hat, sondern als 'verfügen, veräußern' (hinsichtlich der Substanz und der Früchte: vgl. S. 113, $_1$) aufgefaßt werden muß, geht aus dem Zusammenhange hervor. Nicht die Verwaltung hatte der Richter Asklepiades dem Gläubiger entzogen, denn, wie schon hervorgehoben, führte er diese bis zu seinem Tode fort. Auch kann *ἐξ-οικονομεῖν* (II $_{32}$f.) nicht in jenem Sinne, sondern nur als 'verwirtschaften, veräußern' verstanden werden. — Die *ἐμβαδεία* des Gläubigers wird übrigens auch von Meyer, Arch. f. Pap. III 96f. und Raape, Verfall d. griech. Pfandes 56 angenommen.

[1]) Zur Zeit des Todes des Vaters waren beide Kinder noch unmündig (I $_{23}$f.), zur Zeit der vorliegenden Eingabe ist es nur noch das jüngere (I $_8$f.). Näheres s. bei Meyer, Arch. f. Pap. III 94. Alle beteiligten Personen dürften, was wichtig ist, Römer gewesen sein. Bei den Gläubigern Iulius Agrippianus, Vater und Sohn, und bei dem ursprünglichen Schuldner, Valerius Apollinarius, kann das keinem Zweifel unterliegen. Auffallend ist aber der Name des älteren Sohnes des Schuldners, der zweimal (im Genitiv) verstümmelt begegnet (Lond. $_{13}$ ....] *ϱεντίου* und Catt. Verso I $_8$ ....*δεντίου Φιλίππου*). Der jüngere Sohn (*ἀφῆλιξ*) wird nicht genannt. Das könnte den Anschein erwecken, als ob wenigstens der erstere Sohn nicht den Gentilnamen des Vaters geführt hätte, also möglicherweise unehelicher Geburt gewesen wäre. Daß beide Söhne — der jüngere (*ἀφῆλιξ*) wird nicht mit Namen genannt —, wie es nach der Urkunde den Anschein hat, den Vater (der Soldat gewesen sein könnte) testamentarisch beerben, würde gut dazu stimmen. Indessen wäre, auch wenn die uneheliche Geburt des ältesten Sohnes feststünde, ihm damit das römische Bürgerrecht nicht abgesprochen: nach den Resten seines Namens müßte es demnach als wahrscheinlich vorhanden angesehen werden. Aber jene Annahme erscheint überhaupt als bedenklich. Denn da das Testament des Valerius Apollinarius den Kindern, die es zu Erben einsetzte, zugleich Vormünder bestellte, müssen sie doch wohl als iusti liberi unter der Gewalt ihres Vaters gestanden haben, und ist ...entius vielleicht als Endung eines Cognomen anzusehen. Dann aber ist auch die Mutter der Kinder, deren allein bekannter Name Drusilla nichts beweisen könnte, als Römerin und ihre *προῖξ* (I $_{20}$f. III $_9$) als echte Dos anzusehen.

[2]) Catt. Verso I $_{14}$ff.: *προδικοῦσα τῶν — τέκνων.* I $_{22}$f.: *βοηθοῦσα — τοῖς ἀφήλιξι.* Lond. $_6$f.: *τοὺς λόγους ἡ μήτηρ τῶν παιδίων παρέσχεν.* Auf das Vertretungsverhältnis kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Meyer a. a. O. 94; Wenger, Stellvertretung 148.

Wesentlich ist, daß sie nicht bloß in ihrer eigenen Sache, sondern auch in der ihrer Kinder stets als der angreifende Teil erscheint.[1]) Demnach kann hier von einer Klage auf Rückerstattung der Darlehen, gegen welche von schuldnerischer Seite Einreden vorgebracht wurden, keine Rede sein. Die Schuldner wollen offenbar den durch die *νόμιμα* ($_{\text{I}\ 12}$), d. h. durch das Vollstreckungsverfahren (S. 99, $_{3}$) geschaffenen Zustand nicht gelten lassen.

Ihren ersten Prozeß führte Drusilla vor einem Richter Asklepiades ($_{\text{I}\ 18}$ff.): *ἠμφισβήτησεν πρὸς — 'Ασκληπιάδην γενόμενον* .[.........]. Im weiteren Verfahren finden wir Iuridici, zuerst Iulius Maximianus, dann Claudius Neokydes, zuletzt einen Verweser des Juridikats, den Dioiketes Iulianus, als Prozeßrichter.[2]) Die Strategen, der *μεσίτης καὶ κριτής*,

---

[1]) Catt. Verso $_{\text{I}\ 15}$ff.: *Δρουσ[ί]λλα — ἠμφισβήτησεν πρὸς τὸν πατέρα πρὸς 'Ασκληπιάδην — μετερχομένη κτλ.* Ebenso später vor dem Iuridicus ($_{\text{II}\ 1}$): *ἐνέτυχεν ἡ Δρου[σίλ]λα 'Ιουλίῳ Μαξιμιανῷ —*; ($_{\text{II}\ 10}$ff.): *καταστάσεως — γενομένης τῇ Δρουσίλλᾳ — καὶ τῆς Δρουσ[ί]λλας μεμφομένης κτλ.* Vgl. auch $_{\text{IV}\ 16}$f. $_{\text{V}\ 20}$ff. BGU. 1019, $_{2}$f.: *μετῆλθεν καὶ ε[ἰ]ς τὸν ἡμέτ[ε]ρον*; $_{5}$f.: *ἐπὶ Νεοκύδην — ἧκεν.*

[2]) Unsere Urkunden legen die Frage, ob der Iuridicus eine eigene, ihm unmittelbar vom Kaiser übertragene Gerichtsbarkeit innehatte, besonders nahe. Nachweisbar ist eine solche Jurisdiktion für die Bestellung von Vormündern seit K. Marcus (Ulp. D. 1, 20, $_{2}$) und wohl auch für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ulp. D. 1, 20, $_{1}$: *data est ei legis actio*, was gewiß nicht von einer wenn auch ständigen Delegation seitens des Präfekten, sondern von kaiserlicher Zuweisung zu verstehen ist). Dagegen fehlt es an einem zwingenden Beweise für die streitige Gerichtsbarkeit, denn die Worte des Strabo 17, 1, $_{12}$ (p. 797): *ὁ τῶν πολλῶν κρίσεων κύριος* würden auch durch eine dem Iuridicus vom Statthalter übertragene Rechtsprechung und die der Inschrift CIL. XI 6011: *hic cum mitteretur a Ti. Caes(are) Aug(usto) in Aegyptum ad iur(is) dict(ionem)* auch durch die freiwillige Gerichtsbarkeit erklärt sein. Immerhin dürfte man solche einschränkende Auslegung als gezwungen empfinden. Und auch die Nachrichten unserer Papyrusurkunden über prozessuale Tätigkeit des Iuridicus machen nicht den Eindruck, als ob er sein Richteramt lediglich im Auftrage des Präfekten ausgeübt hätte: vgl. außer den hier behandelten Urkunden noch BGU. 5, $_{\text{II}\ 16}$ff. 75, $_{\text{II}\ 9}$. 245, $_{\text{II}\ 1}$ff. 361, $_{\text{II}\ 4}$. 378, $_{16}$ff. Cairo (Preisigke) 1, $_{8}$ff.; Oxy. 237, $_{\text{VII}\ 39}$; 1102, $_{16.\ 22}$; Soc. Ital. 281, $_{27}$ff. 293, $_{34}$f.; Ryl. 119, $_{6}$ und aus byzantinischer Zeit P. Bouriant (Chrest. II 96). So überwiegt denn in der neueren Literatur auch die Ansicht, daß dem (ritterlichen) Iuridicus in Ägypten ebenso wie den (senatorischen) Legati iuridici anderer kaiserlicher Provinzen eine eigene

wahrscheinlich auch der Richter *ἐπὶ τῶν κεκριμένων* (v 31ff.), die sonst mit der Sache befaßt werden, sind Beauftragte (Delegierte) der Iuridici.[1]) Daß wir uns, seitdem

Gerichtsbarkeit neben der des Statthalters vom Kaiser selbst übertragen war. Vgl. Mommsen, Staatsrecht I³ 231f.; Wenger, Rechtshist. Papyrusforschungen 154f. 161f.; Wilcken, Arch. f. Pap. IV 405f.; Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. W. (phil.-hist.) LXII 86 und Grundzüge 26f.; Zucker, Philol. Suppl. XII 116; Rosenberg in Krolls Realencycl. X 1151f. Der Prozeß der Drusilla, in welchem die Sache dauernd in den Händen dreier aufeinanderfolgender Iuridici bleibt — den Iulianus darf man mitzählen — und die Aufträge an die Strategen stets von ihnen ausgehen, spricht ganz besonders für die selbständige Jurisdiktion dieses Magistrates. Daß nach BGU. 1019, 6f. Iulius Agrippianus sich an den Präfekten wandte und von diesem an den *δικαιοδότης* verwiesen wurde (*ἀναπε[μφθεί]ς*), zwingt uns nicht, anzunehmen, daß die Iuridici in unserm Prozeß durchweg als Delegatare des Statthalters gehandelt hätten. Die Worte können ohne Schwierigkeit von einem Zurückverweisen an die bislang mit der Sache befaßte und für sie zuständige Stelle, welcher der Gläubiger den Prozeß — vielleicht weil er nicht von der Stelle kam — zu entziehen wünschte, aufgefaßt werden. Übrigens schließt eine selbständige Gerichtsbarkeit des Iuridicus im obigen Sinne weder aus, daß er im allgemeinen Untergebener des Präfekten war (vgl. Strabo a. a. O. *ὑπ' αὐτῷ*), noch daß er neben seiner eigenen Jurisdiktion auch noch richterliche Tätigkeit als Mandatar des Präfekten ausübte: letzteres soll besonders im Hinblick auf den später (Kap. VIII) zu behandelnden Pap. BGU. 378 hervorgehoben werden. Schließlich ist in Betracht zu ziehen, daß es auch gar nicht geboten erscheint, die selbständige Gerichtsbarkeit des Iuridicus als eine ausschließliche anzusehen. Für die Bestellung von Vormündern steht sogar das Gegenteil fest (vgl. Oxy. 720; Teb. 326), und ebensowenig kann die *legis actio* des Präfekten neben der des Iuridicus bezweifelt werden. So wird man auch auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit damit rechnen müssen, daß, wenn der Iuridicus hier ein Mandat vom Kaiser hatte, dieses ihn doch nur innerhalb bestimmter Grenzen für zuständig erklärte, ohne die davon betroffenen Sachen schlechthin der allgemeinen Jurisdiktion des Statthalters zu entziehen. Um so weniger dürfte es geraten sein, eine Abgrenzung der fraglichen Rechtsprechung des Iuridicus zu versuchen. Nur das darf man an der Hand der Papyrusurkunden behaupten, daß sie weder auf einen bestimmten örtlichen Bezirk — wie bei den legati iuridici Asturiae et Gallaeciae im diesseitigen Spanien, z. B. CIL. VI 1486 = XIV 3995; VI 1507; VIII 2747; XII 3172; XIV 2941 —, noch auf bestimmte Bevölkerungsklassen beschränkt war. Vielmehr muß sie nach sachlichen Merkmalen (Prozeßgattungen) bestimmt gewesen sein: diese näher anzugeben ist aber nach dem vorliegenden Material nicht möglich.

[1]) Nachweise hinsichtlich aller dieser Richter s. bei Meyer, Arch. f. Pap. III 99ff.

die Sache bei Maximianus anhängig ist, wenn auch die vor ihm verhandelten Fragen ihren Ausgangspunkt in dem Vollstreckungsverfahren hatten, doch nicht mehr innerhalb dieses, sondern im ordentlichen Prozeß befinden, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn alle sicher zum Vollstreckungsverfahren gehörigen richterlichen Erlasse sind Beschlüsse oder Verfügungen, welche die *ἐνεχυρασία* oder *ἐμβαδεία* verhängen, verwerfen oder aufrechterhalten, und diese gehen überall vom Erzrichter oder von den Chrematisten oder deren Mandataren aus. Der Iuridicus erscheint nie damit befaßt: auch in unserem Falle haben seine Urteile, wie später dargetan werden soll (S. 107 ff.), anderen Inhalt. Fraglicher ist es, wie es mit der Verhandlung vor Asklepiades und der von ihm getroffenen Entscheidung steht (I 18—36). Vor allem wäre es wichtig, seine Stellung als Richter zu kennen. In dieser Hinsicht hat Meyer die Frage aufgeworfen, ob er nicht ein und dieselbe Person mit dem in Catt. Recto III 6 (Chrest. II 372) genannten Erzrichter *Οὔλπιος Ἀσκληπιάδης* gewesen sein könnte[1]) und demgemäß in unserer Urkunde Catt. Verso I 19 f. zu ergänzen wäre *πρὸς Ἀσκληπιάδην γενόμενον*[2]) *ἀ[ρχιδικαστήν]*.[3])

[1]) Meyer, Arch. f. Pap. III 99. Die Gründe dieses Forschers, eine besondere Beziehung des *ἀρχιδικαστής* zu den bei der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* eingetragenen Pfandrechten der Drusilla und ihres Gegners, können dem heutigen Stande unserer Wissenschaft gegenüber nicht mehr in Betracht kommen. Die *βιβλιοφύλακες* erhalten wohl gelegentlich Anweisungen vom Erzrichter: so bei der *προςφώνησις* (Oxy. 1200; vgl. BGU. 825; Soc. Ital. 74) und in dem unbestimmbaren Pap. BGU. 73 (wo übrigens der Gläubiger von Catt. Verso, Iulius Agrippianus der Vater, ebenfalls das Schreiben angeregt hat; vgl. Jörs, Z. Sav. St. XXXIV 125, 2 und XXXVI 338, 1). Im allgemeinen darf die *βιβλιοθήκη* nicht als dem Erzrichter unterstellt angesehen werden.

[2]) 'Gewesener' Erzrichter wäre Asklepiades vom Zeitpunkt der Abfassung der vorliegenden Eingabe aus. Ebenso heißt es (II 2): *Ἰουλίῳ Μαξιμιανῷ τῷ γενομ[έ]νῳ δικαιοδότῃ* und (II 4) *Κερεάλι — γενομένῳ στρατηγῷ*.

[3]) Nach einer Angabe von Grenfell-Hunt zum Text der Urkunde Arch. f. Pap. III 62. Die Ergänzung paßt mit ihren 12 Buchstaben genau in die Lücke. Daß sie, lediglich nach den Maßverhältnissen des Textes betrachtet, auch anders lauten könnte, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Insbesondere wäre auch *δ[ικαιοδότην]* mit 11 Buchstaben möglich, vorausgesetzt, daß der erste Buchstabe als *δ* gelesen werden dürfte.

Wenn auch unsere Quellen eine sichere Entscheidung[1]) nicht zulassen[2]), so ist doch die Frage selbst für uns schon deswegen bedeutsam, weil sie notwendig die Erörterung anregt, ob die Verhandlungen vor Asklepiades und seine Entscheidung eine im Vollstreckungsverfahren geltend gemachte *ἀντίρρησις* betrafen.

Auf den ersten Blick möchte es sogar scheinen, als hätten wir in den Worten (I 18) *μεσεγγύου ἀντιπόντος* geradezu eine Hindeutung auf einen solchen Widerspruch. Daß *ἀντειπεῖν* diesen Sinn haben könnte, darf nicht bezweifelt werden: um so unsicherer aber ist es, wer der *μεσέγγυος* war, von dem der Text spricht. Meyer (S. 97) meint, der Schuldner habe mehrere Gläubiger gehabt, deshalb sei sein Vermögen der Verwaltung eines Sequester (*μεσέγγυος*) unterworfen und dieser habe, als Apollinarius zur *ἐμβαδεία* schritt, dagegen 'protestiert'. Das ist zwar möglich, doch ist es auffallend, daß keine der drei unseren Rechtsfall betreffenden Urkunden

---

Aber es liegt auf der Hand, wieviel mehr Wahrscheinlichkeit die Einfügung des Namens eines für die in Betracht kommende Zeit bekannten Erzrichters für sich hat als die eines Iuridicus, von dessen Vorhandensein wir nichts wissen.

[1]) Die Zeitverhältnisse sprechen für eine bejahende Beantwortung der aufgeworfenen Frage. Wir können folgende Erzrichter für die in Betracht kommenden Jahre nachweisen: 1. ......ος ὁ καὶ Πολλίων am 1. April 133 (Berl. Inv. 11664, 3, oben XXXVI 242), 2. *Οὔλπιος Ἀσκληπιάδης* am 25. Februar 134 (Catt. Recto III 6), 3. *Κλαύδιος Φιλόξενος* am 21. April 135 (BGU. 135. 2. 21). Nach dem ersten, vor dem letzten dieser Daten müßte demnach die Verhandlung vor Asklepiades stattgefunden haben, wenn er mit dem in Catt. Recto Genannten gleichzusetzen ist. Die sonstigen Angaben unserer Urkunde Catt. Verso lassen sich damit ohne Zwang vereinigen. Zwischen ihr und dem Urteil des Asklepiades lagen zunächst längere Verhandlungen vor dem Iuridicus, Strategen und den Rechnungsprüfern, sodann wird berichtet, daß mehrere Jahre ergebnislos verstrichen seien (IV 23—35): das möchte schon auf die Zeit um 141 n. Chr. führen.

[2]) Wenn auch nicht wahrscheinlich, so ist es doch auch nicht unmöglich, daß Asklepiades ebenso wie die später genannten Richter ein (sonst nicht bekannter) Iuridicus und dann ein Vorgänger des Iulius Maximianus war. Auch daß er ein von einem unbekannten Iuridicus oder auch von einem Präfekten bestellter Richter war, ist denkbar. Auf jeden Fall muß er, da er als *γενόμενος* bezeichnet wird, Beamter gewesen sein.

eine zuverlässige Spur anderer Gläubiger bietet[1]), mit denen es der Schuldner zu tun gehabt hätte, und daß von dem *μεσέγγυος* im folgenden gar nicht mehr die Rede ist: schon an der Verhandlung vor Asklepiades erscheint er nicht als beteiligt.[2]) Auf jeden Fall scheidet er für die im Vollstreckungsverfahren in Frage kommende *ἀντίρρησις* aus: denn diese mußte vom Schuldner ausgehen: daß er aber dessen Vertreter gewesen sein sollte, läßt sich am allerwenigsten annehmen und jedenfalls nicht beweisen. Sehen wir also vom *μεσέγγυος* ab, der keine zuverlässige Grundlage für unsere Untersuchung bildet, und prüfen wir die Frage, ob von seiten des Schuldners eine *ἀντίρρησις* geltend gemacht war, an der Hand der uns bekannten Nachrichten über den Verlauf des Rechtsstreites.[3]) Dabei ist zu beachten, daß unsere Hauptquelle, P. Catt. Verso, eine Darlegung des Streitstandes durch den Gläubiger enthält, die zwar wertvollen Stoff bietet, aber doch recht einseitig gehalten ist, an manchen Punkten Unebenheiten und auch Unklarheiten aufweist[4]) und wichtige Tatsachen über-

---

[1]) Z. $_{19}$ff. (*εἴ τινες κτλ.*), die man etwa heranziehen könnte, sind zu zerstört, um daraus etwas zu erschließen. In $_{\text{III}\ 24}$f. brauchen die Worte *ἐν πόσοις ἐστὶ τὰ ὀφειλήματα* nicht auf mehrere Gläubiger zu gehen, da dem Agrippianus allein, wie wir wissen, mehrere Darlehen geschuldet wurden: in der Folge reichte er ja auch sein Konto ein ($_{\text{IV}\ 8}$: *τοὺς λόγους τῶν ὀφειλομένων κτλ.*, vgl. Lond. $_{19}$ ff.). Die Rückforderung der Dos seitens der Drusilla kann hier nicht in Betracht kommen, da sie erst mit dem Tode ihres Mannes begründet war.

[2]) Hatte der *μεσέγγυος* die von Meyer angenommene Stellung, so läge in seinem *ἀντειπεῖν* wohl das Eingreifen (die Intervention) eines Dritten, vgl. S. 87ff. Da die Urkunde aber seiner nicht weiter gedenkt, ist es zwecklos, diese Frage, für welche uns kein Material zur Verfügung steht, zu erörtern.

[3]) Auf die Prozeßgeschichte wird im folgenden nur so weit eingegangen, als sie für die Frage, ob dem Rechtsstreit vor den Iuridici ein Vollstreckungsverfahren vorhergegangen ist, in Betracht kommt. Im übrigen vgl. Meyer a. a. O. (S. 99, $_1$). Auf einen Punkt werden wir unten (Kap. VIII) noch eingehen müssen.

[4]) An vielen Stellen zeigt die Urkunde durch Streichungen und Ergänzungen, an einer auch durch eine Wiederholung ($_{\text{II}\ 1-9}$ und $_{10}$ff.), daß sie etwas Unfertiges, vielleicht nur einen Entwurf bietet. Auch der Einklang mit dem Protokoll Lond. II 152f. Nr. 196 ist, wenn man die Einzelheiten und ihre Reihenfolge prüft, nicht leicht herzustellen (vgl.

geht.[1]) Dazu kommt die lückenhafte Erhaltung der Urkunde und das Fehlen des Schlusses.

Den Kernpunkt unserer Untersuchungen bildet die Frage, ob das Urteil des Asklepiades als eine Entscheidung des (Erz)richters im Vollstreckungsverfahren angesehen werden kann.

Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht zunächst, daß das Verfahren von der schuldnerischen Seite ausgeht. Doch kann diese Tatsache, die auch andere Erklärungen zuläßt, für sich allein nicht ausschlaggebend sein.

Wir müssen das Urteil selbst prüfen. Der darüber vorliegende Bericht des Gläubigers (I 18—36) ist freilich so dürftig, daß er notwendig der Ergänzung aus den Nachrichten über spätere Stadien des Rechtsstreites bedarf. Vor allem ist das, was er über die Hauptfrage, die nach dem Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner mitteilt, ungenügend. Es heißt in dieser Hinsicht nur, der Richter habe dem ursprünglichen Gläubiger (dem Vater des jetzigen) verboten, irgendwelche Verfügungen über das (durch *ἐμβαδεία* in Besitz genommene) Vermögen (des Schuldners) zu treffen. Das ist weder für sich allein noch aus dem, was in der Urkunde vorhergeht, verständlich und mag deshalb vorerst zurückgestellt werden (vgl. S. 109f.). Ein bei weitem klareres Bild von dem Streitstand zwischen Gläubiger und Schuldner erhalten wir, wenn wir das wohl ziemlich wortgetreu mitgeteilte (erste) Urteil des Iuridicus Maximianus in Betracht ziehen, dessen Schluß lautet (III 1ff.): *ἵνα*[2]), *ἐὰν μὲν*

Meyer S. 101f.). Indessen soll hier auf diese Punkte nur zur Charakteristik des Ganzen hingewiesen werden: auf einige von ihnen werden wir zurückkommen müssen.

[1]) Es ist in dieser Hinsicht beachtenswert, daß die Eingabe nicht einmal der Hypotheken, der Grundlage des ganzen Verfahrens gedenkt, und daß die zu ihrer Geltendmachung dienenden Schritte durch die Bemerkung *ἐχρήσατο τοῖς νομίμοις* erledigt werden. So kann es auch nicht auffallen, daß der Gläubiger eines einzelnen Aktes im Verfahren, wie es die *ἀντίρρησις* war; zumal sie in einer Handlung des Gegners bestand, keine Erwähnung tat. Daß er alles in einem für ihn möglichst günstigen Lichte darstellt und Nachteiliges zurücktreten läßt oder gar verschweigt, ist unverkennbar.

[2]) Was im Vordersatz stand, läßt sich wegen der schlechten Er-

ἀποδειχθῇ δανιστὴς εἶναι, μείνῃ αὐτῷ τὰ νόμιμα, ἐὰν δὲ μὴ ἀποδειχθῇ καὶ εἴ τι ἔλαβεν μὴ δεόντως ᾠκονομήσας, τοῦτο διπλοῦν ἀποδῷ. Danach müssen also die Darlehnsforderungen selbst entweder schlechthin oder doch wenigstens teilweise oder ihrem Betrage nach bestritten gewesen sein.[1]) Daß dieses Bestreiten von den Erben des Valerius Apollinarius, also dessen Kindern, den jetzigen Schuldnern ausging[2]), kann als sicher angesehen werden. Denn zwischen ihnen und dem Gläubiger schwebt weiterhin der Prozeß über die Berechtigung des Gläubigers an den *ὑπάρχοντα* ihres Vaters und deren *γενήματα*. Und auch darüber kann meines Erachtens kein Zweifel bestehen, daß dieses Bestreiten — vom Standpunkte der Schuldner aus die Hauptsache im ganzen Prozeß — nicht erst nachträglich vor Maximianus, sondern von vornherein, also jedenfalls auch schon vor dem Richter Asklepiades erfolgt war.[3]) War dieser, was oben (S. 104f.) als möglich hingestellt wurde, in Wirklichkeit der Erzrichter, so läge der Gedanke sehr nahe, daß das Bestreiten der Forderung wie in Oxy. 68 und Giess. 34 im Vollstreckungsverfahren durch *ἀντίρρησις* geltend gemacht war. Dann würde unser Text auch ein wichtiges Beweismittel dafür bilden, daß die Entscheidung über den Widerspruch dem Erzrichter oblag (S. 79ff.).

Der Widerspruch hätte den letzten Akt des Vollstrek-

---

haltung des Papyrus nicht mit Sicherheit feststellen. Unmittelbar vorher war von den bisherigen Verfügungen des Gläubigers über das Vermögen der Schuldner die Rede, die, wie es scheint, vorläufig aufrechterhalten wurden. Das Nähere s. oben S. 100, $_1$.

[1]) Das letztere möchte ich trotz des allgemein klingenden Ausdruckes (III $_2$) *δανιστὴς εἶναι* für glaubhafter halten, weil später immer von der Höhe der Forderungen gesprochen wird (III $_{24}$f. IV $_2$ff.), vgl. unten S. 113, $_1$.

[2]) Die Mutter wäre auch hier als *προδικοῦσα* und *βοηθοῦσα* anzusehen: vgl. S. 101, $_2$. Übrigens ist keineswegs ausgeschlossen, daß schon der Vater der Kinder die Forderungen nicht oder nicht in ihrem vom Gläubiger behaupteten Umfange anerkannte: wir wissen nichts darüber.

[3]) Daß der Gläubiger dies nicht erwähnt und überhaupt auf das Vorbringen der Schuldner nicht eingeht, sondern nur von einem Anspruch der Drusilla in eigener Angelegenheit und einem Angriff gegen die Vormünder berichtet, ist für seine Darstellung bezeichnend, darf uns aber nicht beirren: vgl. S. 107, $_1$.

kungsverfahrens, also im vorliegenden Falle die *ἐμβαδεία* (S. 100) treffen müssen. Vorausgesetzt, daß er gegen diese überhaupt und daß er in unserem Verfahren noch zulässig war[1]), so hätte der Schuldner wahrscheinlich damit ihre Aufhebung verlangt (vgl. S. 69ff.). Diese nun hat der Richter Asklepiades offenbar nicht verhängt, denn, wie schon hervorgehoben (S. 100, $_1$), war der Gläubiger auch später noch in Besitz und Nutzung der Grundstücke. Über das Urteil, soweit es hier in Betracht kommt, berichtet, wie schon bemerkt, P. Catt. Verso $_{\mathrm{I}}$ $_{20}$ff.: *ἠθέλησεν ὁ ᾿Ασκληπιάδη[ς] — τὸν — πατέρα μου μηδὲν [κ]ατὰ τῶν ὑπαρχόντων οἰκον[ομεῖν]*. Der Widerspruch wäre also insofern nicht durchgedrungen, als die *ἐμβαδεία* nicht aufgehoben wurde[2]), aber der (Erz)richter hätte doch dem Gläubiger aufgegeben, keinerlei Verfügungen über das in seinem Besitz verbleibende Vermögen zu treffen.[3]) Ich sehe keinen Grund, weshalb eine solche Entscheidung nicht möglich gewesen sein sollte. Es ist aber auch klar[4]), daß der Richter, indem er die *ἐμβαδεία* zwar bestehen ließ, aber doch den Gläubiger in der Ausübung seines Rechts behinderte, damit keine endgültige Regelung, sondern einen Zustand schaffen wollte, der die Parteien zur Austragung ihres Rechtsstreites vor

---

[1]) Über ersteres s. oben S. 54f. War gegen die *ἐμβαδεία* eine *ἀντίρρησις* möglich, so war sie gewiß auch an eine bestimmte Frist gebunden (vgl. Jörs, Z. Sav. St. XXXIV 154, $_1$). Wann in unserem Falle die *ἐμβαδεία* stattgefunden hatte, ist nicht gesagt. Beachtet man aber, daß es heißt ($_{\mathrm{I}}$ $_{12}$f.): *ἐχρήσατο ἔτι περιόντος αὐτοῦ* (Valerius Apollinarius) *τοῖς νομίμοις*, und daß das Urteil des Asklepiades den Besitz des Gläubigers an den *ὑπάρχοντα* als feststehend behandelt, so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die *ἐμβαδεία*, die zweifellos zu den *νόμιμα* gehörte, schon bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durchgeführt war. Da wir aber weder dessen Todeszeit noch die Länge der Frist für die *ἀντίρρησις* kennen, so läßt sich, auch wenn wir die Verhandlung vor Asklepiades in die Jahre 133—135 versetzen dürfen (vgl. S. 105, $_1$), aus den Zeitverhältnissen nichts für oder gegen die aufgeworfene Frage entnehmen.

[2]) Das wurde in Giess. 34 in betreff der *ἐνεχυρασία* dem Gläubiger in Aussicht gestellt: vgl. S. 69f.

[3]) Näheres S. 100, $_1$ und S. 113, $_1$.

[4]) Das Folgende bleibt auch dann bestehen, wenn die Entscheidung des Asklepiades nicht durch eine *ἀντίρρησις* hervorgerufen war, vgl. S. 105f.

dem ordentlichen Richter herausforderte. Und vielleicht war das auch in dem Urteil des Asklepiades ausgesprochen. Denn unmittelbar auf seine vorher angeführten Worte folgen noch andere (I 33ff.), die in unserer Urkunde zwar getilgt sind, also in den dem jetzigen Richter Iulianus vorzulegenden Text nicht aufgenommen werden sollten, die aber doch nicht aus der Luft gegriffen sein können, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach Bestandteile des Spruches des Asklepiades sind. Die schlechte Erhaltung schließt eine sichere Deutung aus. Aber wenn wir lesen (33): *μηδὲν — οἰκονομεῖν* [[*μέχρι κρίσεως* und (34 [[*αλλ..... μέχρ[ι κ]ρίσεως περὶ τὰ γενόμενα*]][1]), so wird die Vermutung erlaubt sein, daß Asklepiades dem Gläubiger die Verfügungen auf so lange untersagte, bis ein Prozeß (vor dem ordentlichen Gericht) die (endgültige) Entscheidung über den vorgelegten Tatbestand gebracht haben würde. Der (Erz)richter, der über den Widerspruch erkannte, hätte nach dieser Auslegung eine vorläufige Ordnung unter den Parteien erlassen, sie aber des weiteren auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Das Vollstreckungsverfahren war also zum Stillstand gebracht (vgl. S. 78f.).

Es fragt sich weiter, ob der übrige Inhalt des Urteils des Asklepiades und der es ergänzenden sonstigen Teile der Urkunde mit der hier versuchten Erklärung, daß es eine Entscheidung des (Erz)richters über einen Widerspruch im Vollstreckungsverfahren enthalte, im Einklang steht.

Drusilla, die Mutter der unmündigen Schuldner, trat nicht bloß für diese ihre Kinder auf, sondern forderte auch für sich selbst die Ausscheidung ihrer Dos aus dem (durch *ἐμβαδεία*) in den Besitz des Gläubigers gelangten Vermögen ihres verstorbenen Mannes.[2]) Da sie nicht dessen Erbin war[3]), so kann, was ihre Person anlangt, von einem Wider-

---

[1]) Der Schreiber setzte also zweimal an, um den beabsichtigten Gedanken — wie ich meine, den vollständigen Inhalt des Urteils des Asklepiades — zum Ausdruck zu bringen, strich aber schließlich alles als entbehrlich oder aus was sonst für einem Grunde.

[2]) Catt. V. I 20ff.: *μετερχομένη μὲν προῖκα π ....ν ὀφείλεσσθαι ἑαυτῇ ὑπὸ τοῦ Ἀπολιναρίου.*

[3]) Das geht daraus hervor, daß nur die Kinder als *κληρονόμοι* be-

spruche des Schuldners gegen einen Akt des Vollstreckungsverfahrens keine Rede sein. In formeller Hinsicht müßte ihr Auftreten als das Eingreifen eines Dritten angesehen werden, der ein selbständiges Recht an Gegenständen, die der Gläubiger für seine Befriedigung in Anspruch nimmt, geltend macht und deren Aussonderung aus der Masse begehrt (S. 90f.). Da Spuren in unseren Quellen darauf hindeuten, daß auch bei solcher Intervention eines Dritten die Entscheidung des Erzrichters angerufen wurde (S. 87f. 93), so wäre es zu verstehen, daß Drusilla die eigene Sache mit der ihrer Kinder verband. Wie die Entscheidung lautet, sagt uns der Bericht über das Urteil des Asklepiades nicht: doch erfahren wir, daß später der Iuridicus Maximianus zugleich mit der Prüfung der Angelegenheit der Schuldner auch eine solche betreffs der Dos der Drusilla anordnete.[1] Asklepiades hatte also offenbar eine Entscheidung über den Dotalanspruch nicht getroffen, sondern ihn ebenso wie die Sache der Kinder vor den Prozeßrichter verwiesen.[2]

Weiter erfahren wir, daß Drusilla in der Verhandlung vor Asklepiades die testamentarischen Vormünder der nachlässigen Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder beschuldigte.[3] Irgendeinen Zusammenhang mit der Tatsache, daß dieses Vermögen in den Händen des Gläubigers war, muß dieser Angriff gehabt haben: vielleicht den, daß die Vormünder einer ungerechtfertigten Ausdehnung der *ἐμβαδεία*

---

zeichnet werden ($_{I\ 22}$f. $_{25}$) und daß Drusilla für sich nichts von der Erbschaft, sondern nur ihre Dos fordert.

[1]) Catt. V. $_{III\ 7}$ff. Später wird der Dotalforderung nicht mehr gedacht: ob sie befriedigt wurde oder ob sie bei der eingeleiteten *λογοθεσία* ihre Erledigung finden sollte, läßt sich nicht entscheiden.

[2]) Gewiß kam auch der Drusilla die (von uns angenommene) Sperrung des Vollstreckungsverfahrens zugute, und vielleicht war sie auch mit um ihres Dotalanspruches willen erfolgt. Auch das würde nach den früheren Darlegungen (S. 94) nicht außerhalb der Zuständigkeit des Erzrichters im Vollstreckungsverfahren liegen: es würde vielmehr, wenn es zuträfe, die oben vorgetragenen Ausführungen stützen.

[3]) Catt. V. $_{I\ 25}$ff.: *μεμφομένη δὲ τοὺς κατασταθέντας αὐτῶν τῆς ὀρφανείας ἐπι[τρό]πους ὑπὸ τοῦ πατρὸς αὐτῶν ἀπὸ διαθήκης Γέμελλον καὶ Σεμπρώνιον .... ὡς ἀμελήσαντας τῶν τοῖς ἀφήλιξι διαφ[ε]ρόντων.*

nicht genügend Widerstand geleistet hatten. Aber auf keinen Fall konnte er die Grundlage einer *ἀντίρρησις* gegen den Gläubiger und demgemäß einer Entscheidung des (Erz)-richters über diesen Widerspruch bilden. Eine solche erließ aber auch Asklepiades nicht, sondern ordnete kurzweg an, die Vormünder hätten vor dem Prozeßgericht zu erscheinen.[1]) Dort erst wurden sie abgesetzt und wurde eine neue Vormundschaft eingeleitet.[2]) Auch diese Beschränkung zeigt, daß Asklepiades sich innerhalb der Grenzen des Vollstrekkungsverfahrens hielt und keine sonstige richterliche Tätigkeit auf sich nahm.

Das letztere gilt, wie wir schon sahen (S. 110), ganz besonders auch hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner. Dieses war offenbar von vornherein recht verwickelt und verlangte längerer Erhebungen, Prüfungen und Berechnungen. Was wir nämlich über das Vorbringen der Schuldner[3]) erfahren oder erschließen können (S. 107f.), macht nicht den Eindruck, als hätten sie dem Gläubiger das Recht zur *ἐμβαδεία* überhaupt absprechen wollen: vielmehr deutet alles darauf hin, daß sie ihn beschuldigten, er habe an Kapital und Zinsen mehr in Anspruch genommen und vom Vermögen der Schuldner mehr an sich

---

[1]) Wenn es hinsichtlich der Vormünder heißt ($_{\text{I}\ 30}$f.): *ἠθέλησεν Ἀσκληπιάδη[ς] τοὺς ἐπιτ[ρ]όπους παρεῖναι*, so ist das nicht in dem Sinne zu verstehen, wie wenn in Giess. 34, $_{6}$. $_{7}$f. das Erscheinen der *θεράπαινα* angeordnet wird (S. 73). Daß die Vormünder nicht vor Asklepiades, sondern vor dem Iuridicus, also vor dem ordentlichen Richter, und nicht als Zeugen, sondern zur eigenen Verantwortung erscheinen sollten, geht aus Catt. Verso $_{\text{II}\ 23}$ff. deutlich hervor.

[2]) Die testamentarischen Vormünder wurden vom Iuridicus zur Verantwortung gezogen ($_{\text{II}\ 21}$ff.) und es werden obrigkeitlich bestellte Vormünder an ihre Stelle gesetzt ($_{\text{II}\ 17}$ff. $_{25}$ff.). Aber auch diese verschwinden im Verlaufe des Verfahrens: die Prüfung der Vermögenslage der Schuldner und der Ansprüche des Gläubigers, die ihnen zunächst übertragen war, wurde in einer zweiten Entscheidung des Iuridicus dem Strategen überwiesen ($_{\text{III}\ 22}$f.), der sie durch Rechnungsprüfer (*λογοθέται*) ausführen ließ ($_{\text{III}\ 27}$ff.). Näheres bei Meyer, Arch. f. Pap. III 99ff.; vgl. über die *λογοθέται* auch den Hinweis bei Partsch, Z. Sav. St. XXXI 438. Jetzt auch Ryl. 119, $_{10}$.

[3]) Mit diesem Ausdruck soll die Partei als solche bezeichnet sein. Auf die Vertretung der Unmündigen kommt es hier nicht an; vgl. S. 108, $_{2}$.

gezogen, vor allem auch größere Nutzungen eingebracht, als ihm zukam.[1]) Wie das im einzelnen gemeint war, läßt sich nicht erkennen.[2]) Jedenfalls warfen die Schuldner

---

[1]) Daß das Kapital streitig war, geht aus Catt. Verso III $_{1}$ff. (vgl. S. 107f.) und III $_{24}$f. hervor. Mit den Zinsen wird es ebenso gewesen sein, aber es wird ihrer nur gelegentlich einmal gedacht (IV $_{6}$): nicht einmal in der Protokollanlage zu Lond. II 152f. Nr. 196, $_{19}$ff., in welcher die Forderungen des Gläubigers aufgezählt werden, sind sie erwähnt. Den Inhalt des Prozesses faßt der Iuridicus in dem Auftrage zusammen (III $_{22}$ff.): *τὸν τοῦ νομοῦ στρατηγὸν ἐξετάσαι πάντα, τὸν τοῦ ὑποχρέου πόρον καὶ ἐν πόσοις ἐστὶ τὰ ὀφειλόμενα καὶ δηλῶσαι αὐτῷ.* Also die Aktiva und Passiva sollen festgestellt werden, eine Aufgabe, für die dann weiterhin die Rechnungsprüfer (*λογοθέται*) bestellt werden (S. 112, $_{2}$). Ihr entspricht es auch, wenn der Gläubiger (Catt. Verso IV $_{2}$ff.) und die Schuldner, letztere durch ihre Mutter (Lond. $_{6}$f.), ihre Aufstellungen über Forderungen, Zinsen, haftende Grundstücke (Lond. $_{20}$ff.) und deren Erträge einreichen. Offenbar wichen diese voneinander ab und sollte die Prüfung feststellen, was von ihnen richtig war. Auffallend ist, wie sehr in dem Berichte des Gläubigers die Nutzungen (*πρόσοδοι* IV $_{7 \cdot 34}$) *γενήματα* IV $_{24 \cdot 27}$f. V $_{6 \cdot 13 \cdot 19}$) in den Vordergrund treten. Daß sie durch die mehrere Jahre hindurch fortgesetzte Versilberung und Hinterlegung (IV $_{22}$ff.) einen erheblichen Wert erreicht hatten, ist fraglos. Darauf Vermutungen zu bauen, etwa die, daß nach irgendeiner Vereinbarung der Parteien aus den Früchten das Kapital getilgt werden sollte, bietet die Urkunde keinen genügenden Anlaß. Ebenso wäre es verfehlt, wollte man annehmen, daß es sich in dem Rechtsstreit der Parteien bloß um die Erträge, nicht um die von der *ἐμβαδεία* betroffenen Grundstücke selbst gehandelt hätte. Das Verfügungsverbot des Asklepiades betraf die *ὑπάρχοντα* der Schuldner (I $_{32}$), also jedenfalls auch den Stammwert des Vermögens. Auch die Auskehrung des Heiratsgutes, welche Drusilla für sich verlangte, war gewiß eine Kapitalforderung. Entsprechend muß auch das *οἰκονομεῖν* und *ἐξοικονομεῖν* im Urteil des Iuridicus (II $_{32}$f. III $_{5}$f.) nicht bloß vom Veräußern oder Verzehren von Früchten, sondern auch von Verfügungen über die Substanz des Vermögens verstanden werden (S. 100f., $_{1}$). Auch ist damit zu rechnen, daß die Schuldner, wenn sie, wie wir annehmen müssen, den Betrag der Forderungen bestritten, auch die Hypotheken nicht in dem Umfang anerkannten, wie der Gläubiger sie in Anspruch nahm. Denn Lond. $_{33}$ff. zeigt, daß in dem Maße, wie das Kapital getilgt wurde, sich auch die pfandrechtliche Haftung verminderte, gleichviel ob das durch Vertrag ausbedungen oder durch Gesetz vorgeschrieben war (Literatur zur Frage der Teilhaftung s. oben XXXVI 329f, $_{6}$). Daß wir über alle diese Fragen nichts Genaueres erfahren, ist in erster Linie der einseitigen und vieles verschweigenden Darstellung des Gläubigers zuzuschreiben, vgl. S. 107, $_{1}$.

[2]) Es hat keinen Zweck, sich in die denkbaren Möglichkeiten zu

dem Gläubiger eine unberechtigte Ausdehnung seiner *ἐμβαδεία* und Übergriffe[1]) bei deren Geltendmachung vor.[2]) Man versteht es, daß demgegenüber Asklepiades sich dafür entschied, die Parteien vor den Prozeßrichter zu verweisen, hinsichtlich des Vollstreckungsverfahrens aber sich mit dem Veräußerungsverbot an den (im Besitz bleibenden) Gläubiger zu begnügen. Daß in dem letzteren keine über die Grenzen des Vollstreckungsverfahrens hinausgreifende Entscheidung enthalten war, ist klar, da ja der Richter befugt gewesen wäre, die Akte dieses Verfahrens, hier also die *ἐμβαδεία*, ganz aufzuheben.

Nach alledem glaube ich feststellen zu können, daß in Catt. Verso (und den dazugehörigen Urkunden) nichts ent-

---

vertiefen, da die Quellen keinen Anhalt gewähren. An und für sich denkbar wäre eine Forderung der Schuldner auf Herausgabe des Überschusses (*superfluum, hyperocha*). Dabei ist kaum darauf Gewicht zu legen, daß im vorliegenden Falle, wie es scheint, alle Beteiligten Römer waren (S. 101, $_1$); denn die *ἐμβαδεία* ist als ein Akt des Vollstreckungsverfahrens anzusehen, und dieses wurde, soweit wir es kennen, nicht von der Nationalität des Gläubigers oder Schuldners beeinflußt. Aber da sich weder ein gesetzliches Recht des Schuldners auf Erstattung des Überschusses noch eine vertragsmäßige Festsetzung dieses Inhalts bisher in den ägyptischen Pfandverträgen mit genügender Sicherheit hat nachweisen lassen, so ist in dieser Hinsicht die größte Vorsicht geboten (vgl. hierüber, insbesondere auch über das Ostrakon Berl. 12524, unten Kap. IX). — Näher läge viel leicht der Gedanke an die Geltendmachung eines Einlösungsrechtes nach der *ἐμβαδεία*, wie wir es oben kennenlernten (S. 55f): aber in den unsern Rechtsstreit behandelnden Urkunden findet sich auch nicht die leiseste Andeutung, daß dem Gläubiger nach der *ἐμβαδεία* eine Zahlung angeboten wäre.

[1]) Durch solchen Übergriff des Gläubigers würde es sich auch erklären, daß sich das Heiratsgut der Drusilla in seinen Händen befand (S. 110f.). Daß auch das Hineinziehen der Vormünder in die Verhandlung vor Asklepiades wohl mit diesen Verhältnissen in Zusammenhang stand, wurde schon hervorgehoben (S. 111f.).

[2]) Bezeichnend ist Catt. V. $_{III\ 44}$ff.: die Androhung der Strafe des Doppelten deutet zweifellos darauf, daß dem Gläubiger unerlaubte Handlungen vorgeworfen waren. Zur Vergleichung mag auch auf Oxy. 653 (Chrest. II 90, $_{13}$f.) hingewiesen werden, wo der Gläubiger zugibt, daß er sich bei oder nach der *ἐμβαδεία* Übergriffe hatte zuschulden kommen lassen: *ἀπενεγκάμεθα πάντα τὰ τούτου χωρία· δικαίως τοῦτο πρὸς ἡμᾶς λέγεται.* Indessen bleibt es ungewiß, ob das Delikt hier in derselben Richtung zu suchen ist wie dort.

halten ist, was die Deutung des Urteils des Asklepiades (I 19—36) als einer richterlichen Entscheidung über eine gegen die ἐμβαδεία des Gläubigers erhobene ἀντίρρησις des Schuldners ausschlösse, daß vielmehr durch diese Auffassung eine Reihe von Einzelheiten, insbesondere der Übergang vom Vollstreckungsverfahren zum ordentlichen Prozeßverfahren in schärferes Licht treten und damit auch das Verständnis der Urkunde überhaupt gewinnen würde. Andererseits ist klar, daß von Gewißheit keine Rede sein kann: vor allem deswegen, weil sich kein zwingender Beweis erbringen läßt, daß Asklepiades der Erzrichter vom Jahre 134 war. Immerhin dürfte es schwerfallen, einen andern Beamten zu finden, dem man das Urteil I 19—36 mit größerer Wahrscheinlichkeit zuschreiben könnte und dessen Amtsbezeichnung in die Lücke von Z. 20 hineinpaßte.[1])

[1]) Im vorhergehenden habe ich davon abgesehen, P. Ryl. 119 (aus der Mitte des 1. Jahrhunderts n. Chr.) heranzuziehen. Zwar haben die Herausgeber mit Recht darauf hingewiesen, daß die Urkunde manche Züge mit Catt. Verso gemeinsam hat. Hier wie dort handelt es sich um eine Hypothek (10. 18. 19. 21. 28. 42) und stehen die von ihr betroffenen Grundstücke in Besitz und Nutzung des Gläubigers (12ff. 16. 22ff.), auch hier war eine λογοθεσία angeordnet (10) und prozessierten die Parteien vor dem Iuridicus (6) über die Erträge der Pfandgrundstücke: ob nur darüber, kann hier dahingestellt bleiben. Dem stehen aber wesentliche, gerade für uns ins Gewicht fallende Verschiedenheiten gegenüber. Das Endurteil, das in Catt. V. noch aussteht, war in Ryl. 119 schon ergangen (8. 14ff.), Forderung und Zinspflicht standen damit fest, und über den Umfang der Hypothek bestand jedenfalls gegenwärtig kein Streit. Für die bis zum Urteil gezogenen Nutzungen konnte der Gläubiger nicht mehr zur Rechenschaft gezogen werden (15f.). Überdies würden für eine die hier behandelten Fragen treffende Vergleichung gerade die Akte, die dem Urteil vorausgegangen waren, in Betracht kommen. Darüber aber findet sich Ryl. 119 nur die nichtssagende Wendung (29): καὶ πλείστας ἐντυχίας καὶ ἐπιδόσεις ἀναφορῶν ἐποιησάμεθα und außerdem die Erwähnung der λογοθεσία (10). Auf eine ἐμβαδεία in die Hypothek, eine dagegen geltend gemachte ἀντίρρησις, eine Entscheidung des (Erz)richters über diese enthält der Text im Gegensatz zu Catt. Verso keine Hindeutung. Ausgeschlossen ist natürlich nicht, daß die Vorgeschichte eine gleiche oder ähnliche war: aber da keine erkennbare Spur darauf hinführt, scheidet die Urkunde für unsere Untersuchung aus. Vgl. zu ihrer Erklärung die Ausführungen der Herausgeber S. 106f. und Mitteis, Z. Sav. St. XXXVII 322f.

c) Ryl. 113.

In diesem Zusammenhange müssen wir noch einmal auf Ryl. 113 zurückkommen. Nach der oben (S. 81ff.) vertretenen Erklärung dieser Urkunde war dem Hierakion im Mahnverfahren von seinen Gläubigern durch ein *διαστολικόν* die Bezahlung einer Schuld aufgetragen, vielleicht war auch schon ein Pfändungsbeschluß ergangen: den dagegen eingelegten Widerspruch hatte der Erzrichter verworfen, und der Schuldner sah sich gezwungen, zu zahlen. Jetzt ruft dieser den Statthalter an, der allein in seiner Sache entscheiden könne. Da der Schuldner selbst erklärt, auf Grund des bisherigen Verfahrens, also nach unserer Auffassung (85 f.) des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens gezahlt zu haben (oder wenigstens zahlen zu müssen[1])), so ergibt sich daraus die Frage, ob die ordentliche Gerichtsbarkeit des Statthalters auch in der Weise in dieses Verfahren eingriff, daß sie darin ergangene feststehende Entscheidungen aufhob oder sich doch darüber hinwegsetzte. Als unmöglich wird man das nicht hinstellen dürfen, aber unsere Urkunde bringt keinen Beweis dafür. Denn wir wissen nicht, welchen Erfolg das Gesuch des Hierakion hatte, ob es nicht gerade, weil der Statthalter sich nicht mit der ordnungsmäßig ergangenen *κρίσις* (des Erzrichters) in Widerspruch setzen wollte, abgewiesen wurde. Der Antragsteller betont nur, daß die Sache vor das Tribunal des Statthalters gehöre und von Anfang an dort hätte verhandelt werden sollen. Warum er dieser Meinung ist, sagt er nicht. Es ist möglich, daß er das Mahn- und Vollstrekkungsverfahren in seinem Falle als unzulässig ansieht: dann wäre eine Beseitigung durch den Präfekten gewiß am Platze. Vielleicht hielt er aber die gegen ihn ergangene Entscheidung auch bloß für unrichtig und wollte sie mit der Berufung — von der wir freilich beim Vollstreckungsverfahren nichts wissen — anfechten: auch dann hätte er die Aufhebung betreiben können. Doch wäre von dem einen wie dem andern Standpunkte aus kaum verständlich, warum er Zah-

---

[1]) Vgl. oben S. 82, $_3$. Es ist keine Frage, daß das Anrufen des Präfekten sich besser erklärt, wenn die Versilberung der Sachen des Schuldners noch nicht ausgeführt war.

lung leistete oder sich wenigstens dazu für verpflichtet hielt. So bleibt kaum eine andere Erklärung übrig, als daß er nur hervorheben wollte, seine Sache sei so wichtig, daß sie nur durch den höchsten Richter des Landes entschieden werden könne.[1]) Dann aber dürfte die Eingabe wohl wenig Aussicht auf Erfolg gehabt haben. Unsere Kenntnis über das Verhältnis des Vollstreckungsverfahrens zum ordentlichen Verfahren gewinnt demnach aus Ryl. 113 keine Förderung.

3. Ergebnisse.

Es sind unvollständige und unsichere Ergebnisse, die wir aus den Urkunden über das Verhältnis des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens zum ordentlichen Verfahren entnehmen konnten. Außerdem sind die einzelnen Erscheinungen so verschieden, daß man darauf verzichten muß, allgemeine Regeln über den Übergang, seine Voraussetzungen und Wirkungen aufzustellen, ja sogar bezweifeln kann, ob es überhaupt solche gegeben hat. Immerhin mag eine Zusammenfassung dessen, was unsere Quellen erkennen oder durchschimmern lassen, am Platze sein.[2])

Den Übergang zum ordentlichen Verfahren konnte jede Partei, Gläubiger oder Schuldner, wie es scheint, von sich aus vollziehen (BGU. 970; Lond. II 172 Nr. 358). Freilich drängt sich gerade hier die Frage auf, ob dies ganz ihrer Willkür anheimgegeben war und ob dadurch ohne weiteres das Mahn- und Vollstreckungsverfahren ausgeschaltet oder wenigstens gehemmt wurde: aber unsere Urkunden geben in dieser Hinsicht nicht einmal für eine Vermutung genügenden Anhalt. — Außerdem deuten Spuren darauf hin, daß die Parteien vom Erzrichter vor den ordentlichen Richter verwiesen werden konnten, welch ersterer auch die geeignete Behörde gewesen sein dürfte, das Vollstrekkungsverfahren, wenn nötig, vorläufig zum Stillstand zu bringen und die erforderlichen einstweiligen Verfügungen zu treffen (Catt. Verso, S. 109f.).

[1]) Vgl. BGU. 226, $_{9}$; Lond. II 172 Nr. 358, $_{16}$f.

[2]) Ich begnüge mich hier mit der Verweisung auf die Urkunden, auf welche ich meine Meinung stütze: die näheren Ausführungen sind in den obigen Darlegungen enthalten. Auf diese verweise ich auch hinsichtlich der Zweifel, die sich bei der Auslegung der Texte ergeben.

Der Übergang zum ordentlichen Prozeß scheint in jedem Stadium des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens möglich gewesen zu sein. In Lond. II 172 wurde er vielleicht schon nach dem *διαστολικόν* vollzogen (S. 98): mit welchem Erfolg ist freilich nicht bekannt; in BGU. 970 ist bereits eine *ἐνεχυρασία* ergangen; im Falle von Catt. Verso scheint das ordentliche Verfahren erst nach der *ἐμβαδεία* eingeleitet zu sein, um Übergriffe, die sich der Gläubiger nach Ansicht des Schuldners bei dieser hatte beikommen lassen, auszugleichen.

Dementsprechend konnte auch der Zweck des Überganges ein verschiedener sein[1]: Vermeidung des Vollstrekkungsverfahrens und Ersetzung durch den ordentlichen Prozeß (Lond. II 172), Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens bis zur Erledigung einer Streitfrage, vielleicht auch der Berechtigung des Gläubigers überhaupt, durch einen Prozeß (BGU. 970; vgl. S. 96f.), Berichtigung der Ergebnisse des Vollstreckungsverfahrens (Catt. Verso; vgl. S. 112ff.).

Ich glaube nicht, daß man zur Zeit auf diesem Gebiete weiter kommen kann: aber doch mußte der Versuch einer Erklärung des Verhältnisses des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens zum ordentlichen Verfahren gemacht werden.

(Schluß folgt.)

---

[1]) Die hier gegebene Aufzählung faßt nur das zusammen, was man aus den zur Zeit vorliegenden Quellen entnehmen kann: daß sie erschöpfend ist, soll nicht behauptet werden. Insbesondere muß von der Frage abgesehen werden, ob gegen Beschlüsse und Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren eine Beschwerde oder Berufung an den Statthalter zulässig war. Unsere Urkunden bieten, wie schon hervorgehoben, keinen Anhalt dafür. Doch mag darauf hingewiesen werden, daß auch eine allgemeine dem Erzrichter und den Chrematisten zugewiesene Zuständigkeit nicht notwendig so aufgefaßt werden muß, daß sie den Statthalter als höhere Instanz ausgeschlossen hätte.

IV.

Textkritische Miszellen.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**
in Freiburg i. Br.

Wiederholte Durchsicht der Palingenesie hat mir eine große Zahl textkritischer Anmerkungen ergeben. Ich kann nicht daran denken, diese sämtlich zu veröffentlichen, es sei denn in einer zweiten Auflage der Palingenesie, die zu erhoffen ich freilich nicht sanguinisch genug bin. Auch steht man bei solchen Veröffentlichungen bis zum Erscheinen des Leipziger Index immer vor der Gefahr, Türen einzustoßen, die andere längst geöffnet haben. Die nachstehenden Miszellen enthalten denn auch nur einen kleinen Bruchteil meiner Lesefrüchte. Durch die Güte meines Freundes Mitteis sind mir kürzlich die bereits gesetzten Bogen des Index, die die Bücher 1—8 der Digesten umfassen, in der Korrektur zur Einsicht überlassen worden, und dies gab mir Veranlassung, zu diesen Büchern eine Anzahl kritischer Ergänzungen hinausflattern zu lassen. Handelt es sich dabei im ganzen auch nicht um besonders bedeutsame Dinge, so ist doch die Bereinigung des Digestentexts schon an sich ein Ziel, wichtig genug, um diese Veröffentlichung zu rechtfertigen.

1. D. 1, 2, 1 § 22 Pomp. 178:

Deinde cum aerarium populi auctius esse coepisset, *ut essent qui illi praeessent,* constituti sunt quaestores, qui pecuniae praeessent, dicti ab eo quod inquirendae et conservandae pecuniae causa creati erant.

Die Worte *ut essent qui illi praeessent* scheinen mir ein Glossem zu dem folgenden „qui pecuniae praeessent".

2. D. 1, 2, 1 § 32 Pomp. 178:

Capta deinde Sardinia, mox Sicilia, item Hispania, deinde Narbonensi provincia totidem praetores, quot provinciae

in dicionem venerant, creati sunt, *partim qui urbanis rebus, partim qui provincialibus praeessent.*

Die kursiv gedruckten Worte sind nicht, wie Mommsen[1]) meinte, bloß ungeschickt, sondern an dieser Stelle ganz unmöglich. Als Zweck der Schaffung von Provinzialprätoren konnte nicht bezeichnet werden: partim qui urbanis rebus .... praeessent. Auch hier liegt m. E. eine in den Text geratene Glosse vor, und zwar zu der weiter unten in dem gleichen Paragraphen folgenden zusammenfassenden Bemerkung: ita duodecim praetores ..... sunt creati.

3. D. 1, 2, 1 § 42 Pomp. 178:

Mucii auditores fuerunt complures, sed praecipuae auctoritatis Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Gaius[2]) Iuventius: ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit. omnes tamen hi a Servio Sulpicio nominantur: *alioquin per se eorum scripta non talia exstant, ut ea omnes appetant: denique nec versantur omnino scripta eorum inter manus hominum, sed Servius libros suos complevit, pro cuius scriptura ipsorum quoque memoria habetur.*

Das kursiv Gedruckte enthält zwei Bemerkungen, die miteinander nicht vereinbar sind, und deren jede in ihrem Text Anstöße bietet. Nach der ersten wären von den genannten Juristen keine solchen Schriften *(talia!)* vorhanden, die allen zugänglich wären *(ut ea omnes appetant,* eine sehr sonderbare Wendung, kann doch wohl kaum einen andern Sinn haben sollen*)*; nach der zweiten wären von innen überhaupt keine Schriften im Umlauf, ihr Andenken vielmehr nur durch Servius erhalten worden, — Servius habe mit ihnen (man ergänzt: *iis*) seine Bücher angefüllt (!), *pro* (!) *cuius scriptura* usw. Einer von diesen beiden Sätzen muß jedenfalls als Glosse gestrichen werden; wahrscheinlich aber sind beides Glossen zu dem allein echten Satz: omnes tamen hi a Servio Sulpicio nominantur.

4. D. 1, 7, 17 § 1 Ulp. 2691:

Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione

[1]) Staatsrecht II S. 198[3]. [2]) Titus *scr.* (s. Mommsen-Krüger).

ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere.

Emendationsversuche, wie sie Mommsen und Huschke (Z. S.-St. 9, 338) gemacht haben, sind gegenüber dieser Stelle nicht am Platze. Die Hand Tribonians haben schon andere in ihr vermutet.[1] Anstoß erregt nicht nur das ganz scheußliche Latein und die sanctissima affectio, sondern auch der Umstand, daß die als Motiv für die Entscheidung angeführte Gefahr für die Pupillarsubstituten durch die bekannte Kautionspflicht des Adoptanten ja beseitigt wird.[2] M. E. ist der ganze Text Kompilatorenwerk.

5. D. 1, 9, 7 § 1 Ulp. 1977:

Item Labeo scribit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: *nec enim proprie senatoris filius dicetur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur*. si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit.

Für die Unechtheit des athetierten Zwischensatzes spricht, abgesehen von dem Wort iste, erstens, daß nach der Stelle selbst der entscheidende Zeitpunkt nicht der der Geburt, sondern der der Empfängnis ist, zweitens, daß vorher gar nicht gefragt war, ob der Sohn in dem Falle der Stelle *proprie* Senatorensohn sei, sondern nur ob er als quasi senatoris filius gelten könne. Eher hätte die Bemerkung weiter unten hinter intellegatur gepaßt. Sie wäre aber auch da überflüssiger Ballast.

6. D. 1, 12, 1 § 4 Ulp. 2079:

Initio eiusdem epistulae ita scriptum est: „cum urbem nostram fidei tuae commiserimus“: quidquid igitur intra

---

[1]) Der Index führt an: Bonfante, lez. sul dir. di fam. 20; Seckel-Heumann s. v. sanctus b.; Bergman, Adoptionsrecht 86 n. 1.

[2]) Darauf macht Bergman a. a. O. aufmerksam.

urbem admittitur, ad praefectum urbi videtur pertinere. sed et si quid intra centensimum miliarium admissum sit, ad praefectum urbi pertinet: *si ultra ipsum lapidem, egressum est praefecti urbi notionem.*

Der Schlußsatz ist nur die Umkehrung des zuvor Gesagten. Stilistisch erregt das unpassende *ipsum* und *egressum est* Verdacht.

7. D. 1, 14, 3 Ulp. 2842:

Barbarius[1]) Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. sed *nihil* [enim *scr.* Mommsen] ei servitutem obstetisse ait Pomponius, *quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum.* et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel *quo alio iure*?[2]) et verum puto nihil eorum reprobari.

Mit Recht ersetzt Mommsen nihil durch enim, eine Verbesserung, die durch die Ähnlichkeit der Abkürzungen für die beiden Worte sehr nahegelegt und durch das folgende et tamen videamus gefordert wird. Weiter aber muß unbedingt der Passus *quasi* .... *functum* fallen. Vorher war ja nur von der Designation, nicht aber davon die Rede, daß Philippus die Prätur wirklich bekleidet habe, und das *atquin verum est praetura eum functum* ist vor dem folgenden et tamen videamus ganz unerträglich; wären die Worte echt, so müßte es heißen: videamus igitur. M. E. haben wir eine Glosse zu dem folgenden „si .... dignitate praetoria functus sit“ vor uns.

8. D. 1, 15, 3 § 3. 4 Paul. 1056:

Sciendum est autem praefectum vigilum per totam noctem vigilare debere et coerrare calciatum cum hamis et do-

---

1) Barbatius? s. Mommsen.

2) legitimo iudicio? Gradenwitz, Grünh. Ztschr. 18, 348 [20]. Aber warum sollte hier nur das iudicium legitimum in Betracht kommen? Daß das iudicium imperio continens mit dem imperium von selbst endete, worauf G. hinweist, konnte doch hier nicht entscheiden. Echt sind aber die Worte quo alio iure gewiß nicht.

labris, *ut curam adhibeant omnes inquilinos admonere*, ne neglegentia aliqua incendii casus oriatur. praeterea ut aquam unusquisque inquilinus in cenaculo habeat, iubetur admonere.

Dafür, um die Bewohner der Miethäuser zur Achtsamkeit zu ermahnen, braucht doch der Präfekt nicht mit Eimern und Äxten zu patrouillieren! Es handelt sich um eine Randglosse, die aus dem folgenden iubetur admonere hervorgewachsen ist. Man achte auch auf den verkehrten Plural adhibeant.

9. D. 2, 2, 1 § 2 Ulp. 218:

Haec autem verba: „quod statuerit qui iurisdictioni praeest" cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit *nec effectum decretum habuit*, cessat edictum. nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus: *quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*

Beide athetierten Sätze[1]) treten nur vorher schon Gesagtes breit. Man beachte den Wechsel des Modus (sit . . . habuit) und die unsägliche Banalität der rhetorischen Frage. Conatus kommt in den Digesten nur an diesem einen Orte vor. Vielleicht ist die Frage an die Stelle des ursprünglich hierher gehörigen Satzes „cogitationis poenam nemo patitur" getreten, der nach D. 48, 19, 18 versetzt ist.

10. D. 2, 4, 8 § 1 Ulp. 261:

„Patronum", inquit, „patronam". patroni hic accipiendi sunt, qui ex servitute manumiserunt: vel si collusionem detexit: vel si qui praeiudicio pronuntietur esse libertus, cum alioquin non fuerit, aut si iuravi eum libertum meum esse: quemadmodum per contrarium pro patrono non habebor, si contra me iudicatum est aut si me deferente iuraverit se libertum non esse.

Daß die Stelle nicht heil ist, ist klar. Huschke (Z. S.-St. 9, 342) wollte hinter „manumiserunt" einschalten „quo-

[1]) Zu dem Schlußsatz vgl. schon Beseler, Beitr. 1, 47.

rumve servus libertatem meruit, etiamsi non manumiserunt" und dann fortfahren vel⟨ut⟩ si. Er denkt bei dem „collusionem detexit" an die Kollusion im Ingenuitätsprozeß, auf deren Aufdeckung eine Prämie gesetzt war (C. 7, 20, 2). Da aber diese Prämie gewiß nicht in einem libertatem mereri, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach (D. 40, 16, 1; Bas. 48, 23, 2 und das sch. des Thalelaeus dazu) darin bestand, daß der Patronat über den Ingenuitätsschwindler auf den detegens überging, so paßt das Beispiel nicht zu dem eingeschobenen Satz. Man möchte statt dessen eher vermuten: „sed et is qui pro patrono habetur etiamsi non manumisit". Aber dann ergibt sich eine Härte durch die Art, wie das zweite Beispiel formuliert ist; denn hier ist nur von dem Quasilibertus, nicht von dem Quasipatron die Rede. Es wird auf Wiederherstellung zu verzichten sein. Die Beispiele sind wohl nur Reste einer längeren Aufzählung.

11. D. 2, 8, 10 pr. § 1 Paul. 819:

Si ab arbitro probati sunt *fideiussores*[1]), pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella ad *competentem iudicem*[2]) deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat. *multoque magis, si sua voluntate accepit fideiussores, contentus his esse debet.*

Der letzte Satz enthält eine glatte Selbstverständlichkeit. Die Interpolation ergibt sich auch daraus, daß das Subjekt zu accepit fehlt und aus dem Vorhergehenden nicht ergänzt werden kann.

12. D. 2, 9, 5 Ulp. 2934:

Si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum iniuriarumque nomine, non recte sistitur: quia aliter de servo supplicium et verberibus de iniuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria. quod autem ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.

Mommsen hat dem offenbar verdorbenen Text durch Konjekturalkritik zu helfen gesucht. Sein übler Zustand

---

[1]) sponsores *scr.*

[2]) Hier war der Magistrat genannt (Gradenwitz, Z. S.-St. 7, 64).

dürfte aber wahrscheinlich dadurch herbeigeführt sein, daß Sabinus und sein Kommentator Ulpian verschiedener Meinung waren, die Kompilatoren aber den Zwiespalt verdeckten. Sabinus wird einfach gelehrt haben: Si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur, non recte sistitur. Dafür ließen sich gute Gründe beibringen. Ulpian aber wollte den Satz nur bei der actio iniuriarum gelten lassen, quia aliter de servo, aliter de libero vindicta sumitur. Die capitales actiones — ein nur hier gebrauchter Terminus — haben m. E. erst die Kompilatoren hineingeschmuggelt. Die in bezug auf diese in unserer Stelle gegebene Begründung verträgt sich nämlich, worauf schon die Glosse aufmerksam macht, nicht mit D. 48, 19, 1 pr. § 1 — ebenfalls von Ulpian —, wonach für die Art der Strafe der Status des Täters zur Zeit des Delikts, nicht der zur Zeit des Urteils maßgebend ist.

13. D. 2, 11, 2 § 6 Ulp. 1653:

Quod diximus succurri etiam ei, qui tempestate aut vi fluminis prohibitus non venit, tempestatem sic intellegere debemus, sive maritima sive terrestris sit. *tempestatem intellegere debemus talem, quae impedimento sit itineri vel navigationi.*

Mommsen konjiziert: non venit, sive maritima sive terrestris sit, tempestatem intellegere debemus talemque quae *et rel.* M. E. ist der Schluß der Stelle eine Randglosse. Ulpian selbst würde die Worte „qui tempestate prohibitus non venit“ nicht in dieser ganz nichtssagenden, weil tautologischen Weise erläutert haben. Man achte auch auf den Chiasmus: maritima sive terrestris gegenüber itineri vel navigationi.

14. D. 2, 11, 4 pr. Ulp. 1655:

Sed et si quis rei capitalis ante condemnatus *iudicio* sistere *se*[1]) non potuit, merito huic ignoscitur. rei capitalis condemnatum accipere debemus, qui morte exiliove coercitus est. dixerit aliquis, quo ergo haec exceptio damnato? sed respondebitur *fideiussoribus*[2]) eius esse

[1]) vadimonium sistere *Pal.* [2]) sponsoribus *Pal.*

necessariam: *aut si forte in exilium salva civitate abiit, ubi defensori eius exceptio ista proderit.*

Auch hier ist der Schlußsatz nicht mit Hotomanus und Mommsen durch Konjektur zu heilen, sondern als Interpolation zu streichen. Dafür sprechen nicht nur die sprachlichen Kennzeichen (*si forte, ubi, ista*), sondern vor allem die Erwägung, daß, wer salva civitate in exilium abiit, nicht rei capitalis condemnatus ist.

15. D. 2, 12, 3 pr. Ulp. 206:

Solet etiam messis vindemiarumque tempore ius dici de rebus quae *tempore vel* morte periturae sunt. *morte:* veluti furti: damni iniuriae: iniuriarum atrocium: qui de incendio ruina naufragio rate nave expugnata rapuisse dicuntur: et si quae similes sunt. item si res tempore periturae sunt aut actionis dies exiturus est.

Daß eine Einschiebung vorliegt, ergibt sich aus dem sonst überflüssigen Schlußsatz. Die Art, wie die Beispiele zu dem morte perire gefaßt sind, ist stilistisch anstößig. Der Urtext mag hier verkürzt sein.

16. D. 2, 13, 1 § 2 Ulp. 230:

Editiones sine die et consule fieri debent, ne quid excogitetur edito die et consule *et praelato die fiat.*

Scheint mir eine ungeschickte Glosse. Der Zweck der Bestimmung ist ohne Zweifel die Erschwerung von Fälschungen (vgl. D. 29, 3, 2 § 6), die doch nicht bloß in Gestalt von Vordatierungen möglich sind.

17. D. 2, 13, 8 § 1 Ulp. 238:

Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: *et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.*

Faber streicht locum, wobei der Fall *si interesse desierit* keine Erledigung findet. Ferrini (Dig. mil.) liest: locum actio ⟨habebit et⟩ non habebit. Scialoja (ebendas.) streicht einfach *non.* Näher scheint mir die Annahme einer holprigen Interpolation oder Glosse zu liegen. Dafür spricht die Verbindung von licet mit dem Indikativ und der Chiasmus *minoris vel pluris — augmentum neque deminutionem.*

18. D. 2, 14, 7 § 6 Ulp. 242:

Adeo *autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt*, ut constet *in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis*[1]) re nondum secuta posse abiri ab emptione.

Der § 6 ist in seinem weiteren Fortgang zweifellos Gegenstand umfangreicher Interpolationen gewesen.[2]) Der eben angeführte Eingang ist, abgesehen von den Worten *in emptione cet. b. f. iud.*, bisher nicht angezweifelt worden. Aber *exceptiones postea factae* (!) *quae ex eodem sunt contractu* (!) ist eine unerträgliche Wendung.[3]) Die Heilung dürfte in folgendem liegen. In § 5 war ausgeführt, daß pacta ex intervallo facta auch im Gebiet der bonae fidei iudicia niemals eine actio begründen können. Am Schluß wird dann hinzugefügt:

sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.

Setzt man hinter diesen Satz statt eines Punkts ein Komma, so knüpft sich bei Streichung der oben athetierten Worte ganz zwanglos an: adeo, ut constet re nondum secuta posse abiri ab emptione. Die Interpolation bezwekcte, dem, was im Original für den Kauf bemerkt war, Beziehung auf alle b. f. iudicia zu geben.

19. D. 2, 14, 7 § 10 Ulp. 245:

Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc *aut iniquum* esse *aut* supervacuum. *iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit.* inest enim dolo et fraus.

Si quod semel remisit, iterum (!) *conetur destruere*!

20. D. 2, 14, 7 § 18 Ulp. 249:

Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur, *quia sub condicione heres scriptus*

---

[1]) Beseler, Beitr. 2, 85.

[2]) Vgl. statt vieler: Beseler a. a. O.

[3]) Huschke, Z. S.-St. 9, 344, ersetzt *exceptiones* durch *et pactiones*. Damit wird *postea factae* möglich gemacht, nicht aber *quae ex eodem sunt contractu*.

fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est.

Vindius kann den Sklaven nicht als bedingt eingesetzt bezeichnet haben; sonst fehlte der durch das autem geforderte Gegensatz zur Ansicht des Marcellus, der ja ausdrücklich nur von dem pure Eingesetzten handelt. „*Quia* .... *fuerat*" ist ein durch das pure veranlaßtes ungeschicktes Glossem.

21. D. 2, 15, 5 Pap. 30:

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, *quae ex consensu redditur*, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit.

Die Worte *quae ex consensu redditur* sind sprachlich anstößig und sachlich eine Trivialität, die Papinian nicht zuzutrauen ist. Durch Mommsens Konjektur, statt *redditur* zu lesen: *regitur*, wird nichts gebessert. Es handelt sich wohl um eine verirrte, schlecht stilisierte Randglosse, vielleicht ursprünglich lautend: *quia* usw.

22. D. 2, 15, 8 § 5 Ulp. 2279:

Sed [et] si sit certa quantitas relicta Titio vel res ita, ut inde alimenta Seio praestentur: magis est ut transigere Titius possit, nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii. *idemque est et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta.*

Mommsen verbessert: si per fideicommissum ad hoc alimenta a legatario. Aber was soll hier das ad hoc? und ist nicht schon im vorhergehenden gerade an ein Fideikommiß zugunsten des Seius gedacht? Ich halte den Schlußsatz für eine ungeschickte Randglosse, die entweder so lautete, wie Mommsen will, oder in der *ab* hoc legatario geschrieben war.

23. D. 2, 15, 8 § 15 Ulp. 2283:

Si uni pluribusve fundus ad alimenta fuerit relictus velintque eum distrahere: ⟨*non*⟩ necesse est praetorem de distractione eius [*et transactione*] arbitrari. sed si pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus et hi inter se transi-

gant: sine praetoris auctoritate facta transactio rata esse non debet. idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus: nam nec pignus ad hoc datum inconsulto praetore poterit liberari.

Die Einschiebung von non (n̄) vor necesse ist schon an sich, ebenso aber auch durch den Gegensatz der mit sed angeknüpften folgenden Entscheidung gefordert; *et transactione* halte ich für Erläuterung eines törichten Interpreten, — denn von transactio ist ja im Tatbestand des Falles gar keine Rede.

24. D. 2, 15, 8 § 23 Ulp. 2286:

Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta homini honestioris loci veluti salarium annuum *vel usus fructus*, transactio et sine praetore fieri poterit: ceterum si usus fructus modicus alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra praetorem factam nullius esse momenti.

Vel usus fructus kann selbstverständlich nicht als Beispiel einer certa quantitas gesetzt sein. Man müßte vielmehr, wenn die Worte dem Ulpian angehören, annehmen, daß er zwei Fälle zusammenfassend habe entscheiden wollen, erstens den der Hinterlassung eines Jahresgehalts, zweitens den der Hinterlassung eines Nießbrauchs an einen Angehörigen der besseren Stände, beide in dem Sinne, daß sie nicht als Alimentenlegat anzusehen seien. Dieser Deutung macht indes schon die Voranstellung der Worte in annos singulos Schwierigkeiten, ebenso auch der Umstand, daß gleich darauf für den usus fructus modicus entgegengesetzt entschieden wird. Und sollte der Jurist es wirklich notwendig gefunden haben, ausdrücklich zu bemerken, daß ein Nießbrauchsvermächtnis kein Alimentenvermächtnis sei? Die nachherige besondere Erwähnung des usus fructus modicus alimentorum vice relictus dürfte einen übervorsichtigen Interpreten veranlaßt haben, sich zu dem ersten Satz *vel usus fructus* auf den Rand zu notieren.

25. D. 3, 1, 1 § 5 Ulp. 276:

Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. sexum:

dum feminas prohibet pro aliis postulare. et ratio quidem prohibendi, *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant,* ne virilibus officiis fungantur mulieres.

Von den beiden inhaltlich ganz gleichbedeutenden ne-Sätzen ist der eine, und zwar ohne Zweifel der erste, als Glossem zu streichen.

26. D. 3, 1, 1 § 6 Ulp. 276:

.... non enim qui cum bestiis depugnavit, tenebitur, sed qui operas suas in hoc locavit. denique eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, non teneri aiunt veteres, *nisi in harena passi sunt se honorari: eos enim puto notam non evadere.*

Pernice (bei Bremer, Iurispr. antehadr. II² 516) glaubt, die angebliche Meinung der veteres sei von Tribonian fingiert. Das halte ich für sehr unwahrscheinlich. Aber korrumpiert ist die Stelle natürlich; denn wenn die veteres selbst schon die Ausnahme nisi .... honorari gemacht hätten, konnte Ulpian nicht schreiben: eos enim puto. Die Ausnahme wird auf einen im Urtext angeführten Juristen zurückgehen, und Tribonian ungeschickt gekürzt haben. Von den gratis Auftretenden hatte übrigens Ulpian auch gelegentlich der Ediktsklausel „qui in scaenam prodierit" gehandelt; die darauf bezügliche Äußerung stand im Urtext vor den Worten „eos enim qui quaestus causa" in D. 3, 2, 2 § 5 Ulp. 279.

27. D. 3, 3, 8 § 2 Ulp. 310:

Veterani procuratores fieri possunt: milites autem nec si velit adversarius procuratores dari possunt, *nisi hoc tempore litis contestatae quocumque casu praetermissum est*[1]): excepto eo qui in rem suam procurator datus est, *vel qui communem causam omnis sui numeri persequatur vel suscipit, quibus talis procuratio concessa est.*

Sicher interpoliert sind die Worte „*quibus talis* (!) *procuratio concessa est*", wahrscheinlich aber auch schon (man achte auf den Wechsel des Modus persequatur —

---

[1]) Vgl. mein E.P.² 91⁴.

suscipit) die unmittelbar vorhergehende zweite Ausnahme von *vel qui* ab.

28. D. 3, 3, 17 pr. Ulp. 313:

Post litem autem contestatam reus qui *procuratorem*[1]) dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre *a vivo procuratore vel in civitate manente* potest, causa tamen prius cognita.

Infolge der Anknüpfung an die in den D. vorhergehende Stelle des Paulus formell verändert. Ulpian hatte gesagt, daß bei Tod des Kognitor[2]) oder, wenn er das Bürgerrecht verliere, der dominus ohne weiteres Translation des von jenem übernommenen Prozesses auf sich begehren könne, sonst nur causa cognita. Im jetzigen Text verrät das vel (statt et) die Umgestaltung; auch stehen die Worte a vivo procuratore vel in civitate manente an falscher Stelle. Logisch müßte es heißen: a vivo tamen cognitore ..... causa prius cognita.

29. D. 3, 3, 35 § 3 Ulp. 335:

Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debebit durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisdando. *praeter satisdationem* procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. unde quaesitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi. et Iulianus scribit libro tertio digestorum compellendum accipere iudicium: *nisi et agendum causa cognita recusaverit vel ex iusta causa remotus fuerit.*

Praeter satisdationem, im jetzigen Text unerträglich, ist lediglich eine Glosse zu dem vorhergehenden „praeterquam in satisdando". Agendum recusare ist schwerlich lateinisch (s. VIR. unter recusare I 5) und bedeutet gewiß nicht „auf die postulatio actionis verzichten". Was man sich unter der remotio ex iusta causa vorstellen soll, bleibt dunkel; zur Bezeichnung einer Translation ist die Wendung ganz ungeeignet.

---

[1]) cognitorem *Ulp.* [2]) s. E.P. § 28.

30. D. 3, 5, 5 § 8 Ulp. 350:

Sed si ego tui filii negotia gessero vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicensimo sexto probat, ut, si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est et si sui iuris esse eos putavi. nam et si servum non necessarium emero filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur[1]) ratihabitione eodem loco Pomponius scribit hoc adiecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Die Stelle hat eine tiefgreifende Umgestaltung erfahren. Die Interpolation verrät sich durch zahlreiche Merkmale. Im Eingang ist nur einfach von negotia filii vel servi die Rede; daraus werden da, wo die Unterscheidung gemacht wird, ohne weiteres negotia peculiaria, was keineswegs gleichbedeutend ist. Pomponius probat regiert zunächst einen ut-Satz, dann den acc. c. inf. Die im zweiten Glied der Unterscheidung gewährte actio de peculio fordert als Gegensatz im ersten Glied die Haftung in solidum; statt dessen heißt es nur einfach tu mihi tenearis, als ob die Haftung de peculio nicht ebenfalls ein teneri wäre. Amicitia filii tui vel servi v e l eorum contemplatione, als ob der durch Freundschaft Bestimmte nicht ebenfalls eorum contemplatione handelte. Adversus patrem vel dominum, wo man adversus te erwarten möchte. Von nam et si ab steht nur Geschäftsführung für den Sohn, nicht für den Sklaven zur Erörterung; gleichwohl finden wir dann doch wieder die Wendung patri dominove, die aber nachher richtig durch in patrem abgelöst wird. Endlich bleibt ganz im dunkeln, welchen Zusammenhang die Wirkungslosigkeit der väterlichen Ratihabition mit der angeblich von Labeo gemachten Unterscheidung haben soll. Gerade dieses letzte Rätsel dürfte den Weg zur Ermittelung des ursprünglichen

[1]) agi tua *Mo.*

Inhalts der Stelle weisen. In dem Schlußsatz von dem et si ab fällt nämlich die zuvor gemachte Unterscheidung unter den Tisch, obwohl sie auch hier an sich durchaus möglich gewesen wäre; wer dem Sohn einen überflüssigen Sklaven kauft, kann dies ebensowohl mit Rücksicht auf den Sohn als mit Rücksicht auf den Vater getan haben, um z. B. dem einen oder dem andern eine Freude zu bereiten. Wenn der Jurist die Unterscheidung demungeachtet nicht macht, so folgt daraus, daß er auf sie keinen Wert legte, daß er vielmehr in dem Ankauf des für den Sohn bestimmten Sklaven unter allen Umständen Geschäftsführung für den Sohn erblickte und eben darum die Ratihabition des Vaters für wirkungslos erklärte. Der Vater kann durch Ratihabition weder sich selbst zum Geschäftsherrn machen, der er nicht ist, noch eine Verpflichtung des Sohnes begründen, von der seine eigene adjektizische Haftung abhängen würde.[1]) Spielt nun hier jene Unterscheidung keine Rolle, so werden wir zu der Vermutung gedrängt, daß sie auch in dem ersten Teil der Stelle keine spielte, d. h. interpoliert ist, und diese Vermutung wird entscheidend dadurch bestärkt, daß gerade in dem Passus, wo sie gemacht wird, die formalen Interpolationsmerkmale sich häufen. Für höchstwahrscheinlich halte ich ferner, daß nicht bloß am Schlusse, sondern in der ganzen Stelle nur von negotia filii die Rede war, die Erwähnung des servus und dominus überall den Kompilatoren zu verdanken ist. Labeo und Pomponius aber haben entweder überhaupt keine Unterscheidung gemacht, oder eine andere. Ich vermute das letztere, und zwar wegen des plötzlichen Auftauchens der negotia peculiaria in der Stelle. Die Unterscheidung wird die zwischen negotia peculiaria und non peculiaria gewesen sein. Negotia peculiaria sind objektiv Geschäfte nicht bloß des Sohnes, sondern auch des Vaters; wer daher z. B. Pekuliarschulden zahlt, hat die actio negotiorum gestorum contraria auch gegen den Vater. Negotia non peculiaria dagegen berühren den Vater

[1]) In dem Schlußpassus von hoc adiecto ab wird augenscheinlich vorausgesetzt, daß der Sohn persönlich haftet (et in patrem dandam actionem), also selber ratihabiert hat. Im Original dürfte das deutlicher hervorgetreten sein.

nicht; hier kann nur die adjektizische Haftung des Vaters in Frage kommen. Die Folgerungen, die sich aus der Tatsache der Interpolation für das klassische Recht der negotiorum gestio ergeben, müssen an dieser Stelle unerörtert bleiben. Auf die Wiederherstellung des Urtextes ist selbstverständlich zu verzichten.

31. D. 3, 5, 30 § 4 Papin. 414:

Libertos certam pecuniam accipere testator ad sumptum monumenti voluit: si quid amplius fuerit erogatum, iudicio negotiorum gestorum ab herede non recte petetur *nec*[1]) *iure fideicommissi*, cum voluntas finem erogationis fecerit.

Nec iure fideicommissi dürfte als Glossem zu streichen sein.

32. D. 3, 5, 34 pr. — § 2 Scaev. 134:

Divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum *dotis* actione, verum negotiorum gestorum servari potest. haec ita, si *in negotiis gestis*[2]) maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari ⟨*ei*⟩[3]) non potest, quod a se non exegerit. sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis[4]) si *dotis* actione maritus conveniatur, absolvendus est. sed hic quidam modus servandus est, *ut ita querellae locus sit „quantum facere potuit, quamvis postea amiserit", si illo tempore ei solvere potuit:* non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam: praeterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur. quod si interea, priusquam officium impleat, res amissa est, perinde negotiorum gestorum non tenetur, ac si numquam facere possit.[5]) *sed et si facere possit maritus, actio negotiorum gestorum inducitur, quia forte periculum est, ne facere desinat.* (§ 1) Illum autem non credimus teneri, qui gerit negotia debitoris, ad reddendum pignus, cum pecunia ei debeatur nec fuerit quod sibi possit exsolvere. (§ 2) Sed

---

[1]) So die Vulg., vielleicht auch Steph. Der Flor. hat de.

[2]) Gl. zu dum gerit *Paling.*

[3]) *ins.* Huschke, Z. S.-St. 9, 352.

[4]) quamquam Huschke a. a. O. [5]) potuisset Huschke a.a. O.

nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem et per hoc sex mensibus exactis perire, si *vel* mancipium in rebus non invenit: *vel eo invento quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset adquisitum non ex re emptoris, nec invenit nec recepisset: nec esset in ipsis emptoris negotiis quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet.*

Die Stelle kann, so wie sie überliefert ist, nicht aus der Feder Scaevolas geflossen sein. Ich lasse die kleinen Inkorrektheiten, die vielleicht durch Konjekturalkritik zu heilen sind, hier beiseite. Aber man sehe sich im pr. die beiden kursiv gedruckten Sätze an. Sie sind beide nichtssagende rekapitulierende Glossen und zwar beide zu der schon gemachten Feststellung, daß der Ehemann, der zur Zeit seiner n. g. zahlungsfähig war, der actio n. g. auch noch ausgesetzt bleibt, wenn er es nicht mehr ist. Dazu zeichnen sich beide durch verdächtiges Latein aus, — querellae (!) quantum facere potuit (!) quamvis postea amiserit (was?), quia forte periculum est (!), ne facere (es fehlt posse) desinat (!). In § 1 ist das vorausgestellte illum nicht erträglich, und überhaupt die verdrehte Wortstellung dem Scaevola nicht zuzutrauen; vielleicht ist die Stelle von dem Bearbeiter gekürzt. Ganz übel steht es mit § 2. Scaevola wird nur den Eingangssatz geschrieben haben: der Verkäufer, der die Geschäfte eines redhibitionsberechtigten Käufers führe, den zu redhibierenden Sklaven aber im Vermögen des Käufers nicht vorfinde, könne nicht deshalb mit der actio n. g. in Anspruch genommen werden, weil er es unterlassen habe, die Redhibition ins Werk zu setzen. Darüber kam nun ein Interpret, der sich erinnerte, daß der Käufer, wenn er redhibieren wolle, ja nicht bloß den Sklaven zurückzugeben, sondern je nach Umständen noch mancherlei Nebenleistungen zu machen habe, und der nun zum Ausdruck bringen wollte, daß der die Redhibition unterlassende Verkäufer auch dann mit der actio n. g. nicht verantwortlich gemacht werden könne, wenn das für diese Nebenleistungen Erforderliche im Vermögen des Käufers nicht vorhanden sei. Der Stil, in dem der darauf bezügliche Beisatz gemacht wird, spottet fast der Kritik. Ab-

gesehen von dem bunten Wechsel der Modi: *eo invento*, soll heißen: „zwar den Sklaven vorgefunden hat"; *quod accessionum nomine additum* (!) *est; quod deterior homo factus esset, ... nec invenit nec recepisset* (!); *nec esset in emptoris negotiis* (!), *unde sibi redderet.*

33. D. 4, 2, 12 pr. Ulp. 374:

Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit.

Praestabitur?

34. D. 4, 2, 14 § 2 Ulp. 375:

In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: *et sane cum per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat.* alia autem actio esse sic potest usw.

Unterbricht den Zusammenhang und ist auch sonst sachlich und sprachlich verdächtig (*sane*; *cum iniuria exoleverit*; *debet, ut debeat*).

35. D. 4, 2, 14 § 6 Ulp. 377:

Labeo ait, si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit, et ipse et fideiussor liberatur: si solus fideiussor metu accessit, *non etiam reus*, solus fideiussor liberabitur.

Nicht heil. Statt „*et ipse et fid. liberatur*" wäre zu erwarten: et ipsum et fideiussorem liberandum esse. *Accessit* paßt zwar zu fideiussor, aber nicht zu reus.

36. D. 4, 3, 9 pr.; 17, 1, 42 Ulp. 385:

Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat. Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, et mandati mihi teneberis. tantundem et si tibi mandavi, ut vires excuteres eius cui eram crediturus et renuntiaveris eum idoneum esse.

Die beiden Fragmente sind in der Pal. in umgekehrter Reihenfolge eingeordnet. Die Richtigkeit der obigen Reihen-

folge ergibt sich aus dem „et[1]) mandati mihi teneberis“ der zweiten; das et beweist, daß im vorhergehenden noch eine andere actio, nämlich die actio venditi[2]), als zuständig bezeichnet gewesen sein muß.

37. D. 4, 4, 7 § 5 Ulp. 399:

Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est. idem et in bonorum possessione vel alia successione. non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et *si aliquis sit ex necessariis minor annis*, simili modo restitutionem impetrabit, *veluti si servus sit cum libertate institutus:* dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem.

Die Stelle, wie sie hier lautet, zwingt zu der Annahme, daß auch der servus cum libertate institutus das beneficium abstinendi besessen habe. Dies ist undenkbar. Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir der Vermutung Raum geben, im Urtext habe (dem Sinne nach) gestanden:

sed et ea persona, quae in manu mancipiove est, simili modo restitutionem impetrabit, ut habeat bonorum suorum separationem.

Vgl. Gai. II 159. 160.

38. D. 4, 4, 9 pr. Ulp. 400:

Si ex causa iudicati pignora minoris capta sint et distracta, mox restitutus sit adversus sententiam praesidis vel procuratoris Caesaris, videndum, an ea revocari debeant, quae distracta sunt: nam illud certum est pecuniam ex causa iudicati solutam ei restituendam. sed interest ipsius corpora potius habere: *et puto interdum permittendum, id est si grande damnum sit minoris.*

Die Entscheidung liegt schon in den Worten: sed interest ipsius corpora potius habere. Das Folgende (interdum, id est!) ist kompilatorische Abschwächung.

---

[1]) et fehlt im Flor., steht aber im Paris. und ist durch Bas. 14, 1, 42 gesichert.

[2]) Mitteis, Aus röm. u. bürg. R. (Leipz. Festschr. f. Wach) S. 15, dachte an eine actio in factum, hält aber nach freundlicher Mitteilung diese Ansicht nicht mehr aufrecht.

39. D. 4, 4, 11 § 4 Ulp. 403:

Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni *non inconsulte* accidentis, *sed fato* velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. et ita et Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. unde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit[1]), non debere eum restitui: *neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.*

Das wunderbare damnum *non inconsulte* accidens entstammt dem folgenden „inconsulta facilitas". Die Weisheit des Schlußsatzes richtet sich selbst; man beachte auch, daß aus dem servus necessarius hier eine res *per*necessaria wird.

40. D. 4, 4, 19 Ulp. 449:

Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subveniat: nam post annum vicensimum quintum habebit legitimum tempus. hoc enim ipso deceptus videtur, quod, cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit. plane si defunctus ad in integrum restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic heredi minori post annum vicensimum quintum completum non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id dumtaxat tempus, quod habuit is cui heres extitit.

In meinem E.P. § 47 a. E. habe ich auf diese Stelle die Vermutung gestützt, das Edikt habe von dem Satze, daß die Erben eines restitutionsberechtigten Minderjährigen nur innerhalb der dem Verstorbenen noch übrigen Frist Restitution haben sollten, eine ausdrückliche Ausnahme für den Fall gemacht, daß sie selbst noch minderjährig seien. Ich will auch heute durchaus nicht behaupten, daß derartiges nicht im Edikt gestanden haben könne. Aber unsere Stelle bietet für jene Vermutung kein zuverlässiges Zeugnis, da sie die Hand der Byzantiner verrät. Diese haben zunächst jedenfalls den Eingang umgearbeitet, vielleicht, um fr. 19 an fr. 18 i. f. anzuknüpfen. Ulpian selbst

[1]) is *ins. Mo.*

hätte einen Bericht über eine ausdrückliche Ediktsbestimmung gewiß nicht in die seltsame Form gekleidet: „Interdum .... dabimus (!), ut est edicto expressum, si forte (!) ....; nam .... habebit." Auch sonst ist die Stelle nicht unberührt. Quod, cum posset restitui ...., *hoc non fecit*: was? restitui? Warum *modicum* tempus? Die Sache liegt ja genau so, auch wenn von dem annus utilis noch 11 Monate übrig sind. Endlich wiederum *dabimus*! Auf das bei den Kompilatoren bekanntlich beliebte *plane* sei nur nebenbei aufmerksam gemacht.

41. D. 4, 4, 20 pr. Ulp. 409:

Papinianus libro secundo responsorum ait exuli reverso non debere prorogari *tempus* in integrum restitutionis *statutum*, quia afuit, cum potuerit adire praetorem per procuratorem, *nec dixit, vel praesidem ubi erat.* sed quod idem dicit et indignum esse propter irrogatam poenam, non recte: quid enim commune habet delictum cum venia aetatis?

Mommsen vermutet statt *nec dixit*: nec adierit. Ich möchte eher annehmen, *nec dixit* (nämlich Papinianus): „*vel praesidem ubi erat*" sei eine in den Text geratene sehr naheliegende Glosse zu „praetorem".

42. D. 4, 4, 24 § 1—4 Paul. 218:

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur.[1]) itaque nisi *aut* manifesta circumscriptio sit *aut tam neglegenter in ea causa versati sunt*, praetor interponere se non debet. (§ 2) Scaevola noster aiebat: si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, *si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si vero* iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, *repellendus est:* multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse. (§ 3) Si servus *vel filius familias* minorem circum-

[1]) interdicatur *edd.*

scripserit, *pater* dominus*ve* quod ad eum pervenerit restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio *eorum* praestare: si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit. *sed et si filia familias hoc fecit, ob dolum suum condemnabitur.* (§ 4) Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. *nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est.*

Die ganze Stelle ist von Interpolationen durchsetzt. In § 1 erregt begründeten Verdacht der Passus *aut tam neglegenter in ea causa versati sunt.* Tam neglegenter ist so nackt, wie es dasteht, ganz unmöglich.[1]) Man könnte glauben, daß dahinter etwas ausgefallen sei. Aber der Moduswechsel sit . . . . sunt und wohl auch das beziehungslose und überflüssige *in ea causa* machen es mir wahrscheinlicher, daß im Urtext überhaupt nur von manifesta circumscriptio die Rede war und das Weitere Zusatz der Kompilatoren ist. In § 2 hat Gradenwitz (Bull. 2, 7) die Worte „*vel repudiaverit hereditatem vel*" beanstandet; er glaubt, indem er „omiserit" nur auf „b. p^{em}" und „repudiaverit" auf „hereditatem" bezieht, einen verdächtigen Chiasmus vor sich zu haben. Allein, wie es eine repudiatio auch bei der b. p. gibt, so gibt es auch ein omittere hereditatem, nämlich durch Ablaufenlassen der Cretionsfrist. Ich sehe daher hier keinen Grund zur Beanstandung. Allerdings verdächtig sind dagegen die eingeschachtelten Unterbedingungen *si quidem* . . . . *si vero,* und das *omnimodo audiendus est* und *repellendus est* vor dem unmittelbar folgenden acc.

---

[1]) Auch Kalb, Roms Jur. 132 n., will das tam so nicht halten, sondern weist nur Huschkes Verbesserungsvorschlag *perquam* ab.

c. inf. „restituendum esse" und hinter dem Imperfekt aiebat, das auf wiederholte Äußerung und eben darum nicht auf wörtliches Zitat hindeutet. Im Urtext dürfte sich an die Bedingung „si .... b. p^em" unmittelbar angeschlossen haben: ⟨et⟩ iam distracta .... veniat. Die Kompilatoren haben im Streben nach Vollständigkeit sehr überflüssigerweise den Gegenfall hinzugefügt. In § 3 hat schon Alibrandi (opp. 1, 576) die Hand Tribonians vermutet; er glaubt, nicht ohne Grund, daß hier im Original die actio legis Plaetoriae erwähnt gewesen sei. Jedenfalls aber ist, wie der Chiasmus erweist, der filius familias und der pater eingeschoben; der Urtext erwähnte nur den Sklaven. Auch der Schlußsatz *sed etsi .... condemnabitur* wird nicht, wie ich in der Pal. vorschlug, zu verbessern (*noxae dedetur* statt *condemnabitur*), sondern als Interpolation zu streichen sein. In § 4 ist der Schlußsatz (von *nam et si* ab) bereits von Solazzi (min. età 9 n. 4) mit Recht beanstandet. Aber auch das Vorhergehende von *nisi si* ab ist stark verdächtig. Es soll etwas darauf ankommen, ob der Käufer wußte, daß der Minderjährige das Geld verschwenden werde; aber es war zuvor gar nicht gesagt, daß dieser das Geld nicht mehr habe. Das temporale Adverb tunc paßt schlecht; man sollte erwarten: nisi cum dedit non ignorabat. Sicuti facit: was denn? Man muß aus dem Vorhergehenden ein *non iubere pecuniam recipere* erschließen, eine sehr harte Ellipse. Sed parcius in venditione: wiederum eine harte Ellipse. *Quia aes alienum ei solvitur*: daran hat schon Huschke (Z. S.-St. 9, 356) Anstoß genommen und verbessert „quod ibi aes alienum exsolvitur"; aber einem byzantinischen Interpreten wäre der überlieferte Text sehr wohl zuzutrauen.

43. D. 4, 6, 1 pr. Ulp. 425:

Huius edicti causam nemo non iustissimam esse confitebitur: laesum enim ius per id tempus, quo quis rei publicae operam dabat vel adverso casu laborabat, corrigitur, nec non et adversus eos succurritur, ne vel obsit vel prosit quod evenit.

Außer dem schon von Seckel (s. v. nec) beanstandeten *nec non et* beachte man die schiefe Wendung *nemo non*

iustissimam esse confitebitur, wo es heißen müßte: nemo iustissimam esse negabit.

44. D. 4, 6, 15 pr. Ulp. 430:

Ab hostibus autem captis postliminio reversis succurritur *aut ibi mortuis*, quia nec procuratorem habere possunt.

Eine ungeschickte Glosse. Gestorbenen kann ja nicht mehr geholfen werden. Es ist von jedem Emendationsversuch abzustehen.

45. D. 4, 6, 15 § 2. 3 Ulp. 431:

Si damni infecti missus ⟨*quis*⟩ sit in aedes militis, *si quidem praesente eo iussit praetor possideri*, non restituitur, *sin vero absente eo, dicendum subveniri ei debere.* (§ 3) Sed quod simpliciter praetor edixit „posteave" ita accipiendum est, ut, *si inchoata sit bonae fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso*, restitutionis auxilium locum habeat non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit hoc contigit, id est dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum: nam eum, qui differt *restitutionem*, non esse audiendum Neratius scribit.

§ 2 gehört zum Kommentar zu den Ediktsworten „non utendo deminutum esse".[1]) Gegenüber dem Wortlaut des Edikts konnte der Jurist nicht, so wie hier geschieht, zwischen dem Fall der praesentia und absentia unterscheiden; er mußte vielmehr, da hier kein Verlust non utendo vorlag, die Restitution allgemein versagen. Formell ist si quidem — sin vero verdächtig. Zu § 3 hat sich bereits F. Schulz (Z. S.-St. 34, 83[1]) geäußert. Ich möchte seiner Ausführung nur noch hinzufügen, daß das jetzt in der Luft schwebende „hoc contigit" im Urtext auf die Ediktsworte „non utendo deminutum esse" Beziehung hatte. Der anstößige Bedingungssatz *si .... reverso* ist eine ganz überflüssige, von den Kompilatoren eingeschobene Erläuterung. Statt *restitutionem* vermutet Schulz: *litis contestationem*, was aber die Kompilatoren kaum geändert hätten. Vielleicht stand im Urtext: *petitionem*, was leicht verlesen werden konnte.

---

[1]) Unrichtig Pal. ad h. l.

46. D. 4, 6, 21 § 2 Ulp. 434:

Haec autem restitutio locum habet, sive per se sive per subiectas sibi personas usu adquisierunt, qui absentes non defendebantur, *et ita, si nemo eorum erat defensor. nam si fuit procurator, cum habueris quem convenias, non debet inquietari. ceterum si non existebat defensor, aequissimum erat subveniri, eo potius, quod eorum qui non defenduntur, si quidem latitent, praetor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut si res exegerit etiam distrahantur, si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.*

Die Stelle ist von *eo potius* ab schon von Karlowa[1]) beanstandet. Aber auch das Vorhergehende von *et ita* ab muß fallen. *Et ita si nemo eorum erat defensor* ist leere Wiederholung. *Cum habueris quem convenias*: hier ist das plötzliche Auftauchen des tu anstößig. Non debet inquietari: es fehlt das Subjekt[2]), und inquietari ist in den Digesten immer verdächtig.

47. In D. 4, 6, 28 § 1 Ulp. 443 dienen die Schlußworte *utrimque actio erit* offenbar nur als Anknüpfungspunkt für das folgende fr. 29.

48. D. 4, 6, 35 § 3 Paul. 939:

Praefectus quoque Aegypti rei publicae causa abest, *quive aliam ob causam rei publicae gratia extra urbem aberit* (!).

49. D. 4, 8, 3 § 3 Ulp. 453:

Tractemus de personis arbitrantium. et quidem arbitrum cuiuscumque dignitatis coget officio quod susceperit perfungi, etiamsi sit consularis: *nisi forte sit in aliquo magistratu positus vel potestate, consul forte vel praetor, quoniam in hoc imperium non habet.*

Mommsen (Staatsr. I 705[4]) verbessert hoc in hos. Aber der ganze nisi-Satz — man beachte das wiederholte forte, — ist wohl nur eine Einschaltung zwecks Anknüpfung des fr. 4.

---

[1]) Beitr. z. Gesch. d. röm. Zivilproz. 129 f. Auch wenn man mit Naber, Mnem. 1897, 289; Roby, essays on the law etc. 21 f., den sachlichen Inhalt des Satzes nicht beanstandet, bleiben starke formale Gründe gegen die Echtheit.

[2]) Gemeint sind natürlich die vorher im Plural bezeichneten indefensi.

50. D. 4, 8, 9 pr. Ulp. 453:

Sed si in servum compromittatur et liber sententiam dixerit, puto, *si liber factus fecerit consentientibus partibus, valere.*

Ungeschickte Glosse oder Interpolation. Hätte Ulpian das sagen wollen, was ihn der Text sagen läßt, so hätte er geschrieben: *nisi consentientibus partibus dixerit non valere.* Man beachte das zweimalige si, die Wiederholung *liber factus* und das unbehilfliche *fecerit.*

51. D. 4, 8, 17 § 5 Ulp. 456:

Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium adsumant, puto tale compromissum non valere: nam in adsumendo possunt dissentire. sed si ita sit, ut eis tertius adsumeretur Sempronius, valet compromissum, *quoniam in adsumendo dissentire non possunt* (!).

Törichte Glosse.

52. D. 4, 8, 30 Paul. 250:

Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, *quia iam poena non potest esse, atque si solutum est compromissum.* sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. *ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.*

Die Interpolation des Schlußsatzes ist natürlich zweifellos und schon von Faber erkannt, während ich keinen Grund sehe, mit P. Krüger auch den Passus „sed si .... eludere" zu beanstanden. Dagegen muß der Passus „*quia .... compromissum*" als Glosse gestrichen werden; mit den Mitteln der Konjekturalkritik (Krüger schlägt statt *atque si* vor: simul atque) ist ihm nicht beizukommen. „*Poena non potest esse*" statt „poena non committitur" ist nicht erträglich; auch handelt es sich um einen Bericht über eine fremde Meinung, so daß *possit* zu fordern wäre. Und schwer ist zu verstehen, wie die quidam in dem Beschreiten des Rechtswegs eine Aufhebung des Kompromisses erblicken mochten. Die Begründung wird von einem des Latein nicht sehr kundigen Interpreten herrühren. Die quidam

dürften ihre Meinung vielmehr darauf gestützt haben, daß die Beschreitung des Rechtswegs durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden könne.

53. D. 4, 8, 34 pr. Paul. 252:

Si duo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

Die Stelle ist augenscheinlich verdorben. Gradenwitz (Bull. 2, 6) und ihm folgend Rotondi[1]) und P. Krüger suchen die Heilung in der Annahme, daß der Urtext nur von den correi credendi gehandelt habe, und streichen demgemäß alles, was sich auf die correi debendi bezieht, als Interpolation oder Glossem. Unmöglich ist diese Annahme nicht. Aber die beiden Probleme gehören so eng zusammen, daß der Jurist fast notwendig auf ihre parallele Behandlung geführt wurde, und so liegt mir die Vermutung näher, daß der gegenwärtige Zustand der Stelle auf eine ungeschickte Kürzung zurückzuführen ist, darauf nämlich, daß die Kompilatoren die im Urtext auseinandergehaltenen Fragen und Entscheidungen ineinanderschoben. Wie ich mir danach den Urtext denken würde, ergibt folgende natürlich nur versuchsweise Rekonstruktion:

Si duo rei sunt credendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere, videndum est an, si alius petat, poena committatur. idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. ⟨*e contrario quaeritur in duobus reis debendi, si cum altero compromiserim vetitusque sim ab eo petere, an, si ab altero petam, poena committatur. item, si a fideiussore eius petam, a quo arbiter peti vetuerit. et Sabinus quidem scribit τῇ δυνάμει a te peti, si a fideiussore tuo petam.*[2])⟩ et fortasse poterimus ⟨reos debendi⟩ ita

[1]) di alc. ref. giust. relat. al pact. de n. p. (1913) 65.

[2]) Vgl. Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 29. Die Aufnahme dieser Stelle mußte zur Streichung des entsprechenden Berichts bei Paulus führen.

fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te peto. ⟨sed in correis credendi contra est[1]): nam si correus meus petat, nullo modo poena committetur, quia⟩ nec ego peto nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

54. D. 4, 9, 3 § 3 Ulp. 471:
Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris[2]) domini intervenit, in solidum erit conveniendus. item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. *sin vero sine voluntate exerceant, de peculio dabitur.*

Der Schlußsatz verrät sich als interpoliert schon dadurch, daß er an falscher Stelle steht; er würde hinter conveniendus gehören. Sprachliche Verdachtsgründe: sin vero, sine voluntate wessen?, de peculio dabitur.

55. D. 5, 1, 19 § 1. 2 Ulp. 1393:
Si quis tutelam vel curam[3]) vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit: etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere et, si non defendat *neque ibi domicilium habeat*[4]), bona possideri patietur. (§ 2) Proinde et si merces *vendidit* certo loci vel disposuit vel comparavit: videtur, nisi alio loci ut defenderet convenit, ibidem se defendere.[5]) *numquid dicimus eum, qui a mercatore quid comparavit advena, vel ei vendidit quem scit inde confestim profecturum? non oportet ibi bona possideri, sed domicilium sequi eius. at si quis ab eo qui tabernam vel officinam certo loci conductam habuit, in ea causa est ut illic conveniatur. quod magis habet rationem. nam ubi sic venit, ut confestim discedat, quasi a viatore emptis, vel eo qui transvehebatur, vel eo qui παραπλεῖ, emit: durissimum est, quotquot locis quis navi-*

[1]) Diese entgegengesetzte Entscheidung glaubten die Kompilatoren dadurch zum Ausdruck bringen zu können, daß sie das *nec ego peto* unmittelbar an das *alias nec a te petitur* anschlossen.

[2]) Der Paris. schiebt aut ein. Es kann aber auch sein, daß, wie so oft, der filius familias und pater von den Kompilatoren eingeschoben und dabei aut aus Versehen weggeblieben ist.

[3]) vel curam streicht Solazzi, min. età p. 36, m. E. ohne ausreichenden Grund.

[4]) gl. Pal. [5]) debere *ins.* Mo.

gans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. at si quo constitit, non dico iure domicilii, sed tabernulam pergulam horreum armarium officinam conduxit ibique distraxit egit: defendere se eo loci debebit.

Die offenbar kranke Stelle wurde von Mommsen ärztlicher Behandlung unterzogen. M. E. ist nur durch Amputation zu helfen. *Vendidit* ist gl. zu disposuit, das ja ohne Zweifel „zum Verkauf aufstellen" bedeuten soll. „*Numquid .... profecturum?*[1]" ist die Frage eines Interpreten: „meinen wir damit denjenigen usw.", die verneinend beantwortet wird: *non oportet ibi bona possideri, sed domicilium sequi eius.* Zu „*at si quis ab eo* usw." fehlt das Prädikat (denn unmittelbar vorher geht *vendidit*, nicht etwa *comparavit*), zu *in ea causa est* das unentbehrliche Subjekt. *Quod magis habet rationem:* „mehr Grund" als was? *Emptis*? Zu *emit* fehlt wieder das Subjekt. *Se defendi* statt *eum defendi. Distraxit egit:* sonderbare Zusammenstellung. Nahe liegt hier die Konjektur *emit*; aber wenn das Vorhergehende bloße Interpretation zu disposuit et emit ist, muß auch der sprachlich sonst nicht anstößige Schlußsatz fallen.

56. D. 5, 1, 73 § 2 Ulp. 2275:

Circumducto edicto videamus an amplius reus conveniri possit, *an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti periit:* et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.

Das Gestrichene ist ganz überflüssig und durch das Überspringen vom Konjunktiv zum unrichtigen Indikativ verdächtig, daher als Glosse zu dem Vorhergehenden anzusehen. Ob vor possit mit Mommsen non einzuschieben ist, mag dahingestellt bleiben.

57. D. 5, 1, 76 Alfen. 23:

Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio *eandem rem* an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes

---

[1] Hierher, nicht, wie in den Ausgaben, hinter eius gehört das Fragezeichen.

iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere.

Es konnte wohl gefragt werden, ob die Veränderung aliud iudicium, nicht aber, ob sie eandem rem mache. Die Worte sind eine ungeschickte, aus dem folgenden rem eandem vorgeholte Glosse.

58. D. 5, 2, 8 § 12 Ulp. 496:

Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

Nicht heil. Man sagt zwar querellam und iudicium movere, aber nicht testamentum .... movere. Und *volet*!

59. D. 5, 2, 31 § 1 Paul. 45:

Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querellam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus *ex liberis an extraneis vel municipibus* (!).

Glosse.

60. D. 5, 3, 5 § 1 Ulp. 481:

Divus Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis *de hereditate quae ab eo petitur*, et sic falsum dicat: hoc ideo, quia sustinetur *hereditatis petitionis* iudicium, donec falsi causa agatur.

Petitur ist wegen des falschen Tempus und Modus unmöglich; im Original stand satis pro praede litis et vindiciarum, und statt *hereditatis petitionis* wahrscheinlich: centumvirale iudicium. Auffallend ist übrigens auch das unkorrekte dicat hinter dem richtigen daret.

61. D. 5, 3, 19 pr. Paul. 312:

Et non tantum hereditaria corpora *(scil. venient in hereditatis petitionem)*, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae *depositaeve.*[1]) et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, *ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit.* sed licet earum nomine, quae commodatae *vel depositae*[1]) sunt, nulla sit facile actio, quia

[1]) Vgl. de Ruggiero, Bull. 19, 63.

tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Der gestrichene ut-Satz ist im Zusammenhang der Stelle ganz unverständlich; denn, wie der Fortgang zeigt, hängt die Zuständigkeit der h. p. durchaus nicht von der einer specialis petitio ab. Verständlich wird der Satz nur als Randglosse, die erklären will, warum der Jurist die Zuständigkeit der letzteren überhaupt erwähnt. Einem Glossator kann man auch die Härte nachsehen, die in dem Plural illae nach dem Singular rei pignori datae liegt.

62. D. 5, 3, 20 pr. Ulp. 517:

Item veniunt in hereditatem[1]) etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, *ut puta mancipia pecoraque et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata.* et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient: si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto *etiam* haec ⟨*non*⟩ venire, *si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituturo herede.*

Als Beispiel zu „ea quae hereditatis causa sunt comparata" zu setzen: *et si qua alia quae necessario hereditati sunt comparata* ist nicht nur abscheulicher Stil, sondern, wegen des Hereinbringens des vorher nicht genannten Erfordernisses *necessario*, auch logisch unmöglich; aber auch die Beispiele *mancipia pecoraque* sind läppisch, da ebensogut tausend andere Sachen hätten genannt werden können. Am Schluß ist der angeklebte abl. abs. ganz sicher interpoliert, eben darum aber höchstwahrscheinlich auch das unmittelbar Vorhergehende. Ulpian wird geschrieben haben: et puto haec ⟨non⟩ venire. Sonst hätte er die jetzt interpolierte Ersatzpflicht des Erben gewiß schon selber erwähnt.

63. D. 5, 3, 20 § 3 Ulp. 517:

Item non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. *sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non, quia personae possessoris ac-*

[1]) hereditatis petitionem Degenkolb (bei Mommsen).

cedunt. fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.

Den gestrichenen Satz hat noch niemand befriedigend zu erklären vermocht.[1]) Die Worte *post aditam hereditatem* können nur auf den Erbschaftsantritt des Erbschaftsbesitzers, nicht auf den des wahren Erben bezogen werden: aber wie kann die Tatsache dieses Antritts Bedeutung für die Rechte des letzteren haben? Was man sich unter den *ea quae extrinsecus accedunt* denken soll, bleibt völlig unklar.[2]) Endlich: so verständlich es ist, daß Vergrößerungen der Erbschaft als Akzessionen bezeichnet werden, so unpassend ist der Ausdruck, wo ein persönlicher Erwerb des Besitzers in Frage steht; das tritt auch in der Ausdrucksweise der Stelle selbst schlagend hervor: si extrinsecus accedunt (zu was? Das Wort wird hier anscheinend ganz losgelöst von jeder Beziehung gebraucht), non (puto hereditati accedere), quia (!) personae possessoris accedunt. Darauf, daß die Kompilatoren an dieser Stelle eingegriffen haben, deutet übrigens auch der Umstand, daß wir Ausführungen Ulpians über die augmenta hereditatis in den Digesten noch an anderer Stelle begegnen[3]), vgl. 5, 3, 25 § 20; 27, 29; 22, 1, 34.

64. D. 5, 3, 20 § 11 Ulp. 520.

Diese übel zugerichtete Stelle ist schon mehrfach Gegenstand von Angriffen gewesen.[4]) Hier sei nur noch darauf hingewiesen, daß der Anfang des Schlußsatzes *a quo denuntiatum est senatus non exigit* nicht lateinisch ist und darum nicht von Ulpian herrühren kann.

65. D. 5, 3, 25 § 2 Ulp. 525:

Quod ait senatus: „eos qui bona invasissent, quae scirent „ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam

[1]) Man lese nur, was Francke in seinem Kommentar zu unserm Titel S. 214 ausführt.

[2]) Das Schol. zu dieser Stelle (Bas. 42, 1, 20) führt als Beispiel die Heirat mit einer reichen Frau an, die der Besitzer dem Glauben an seine Erbeneigenschaft verdankt habe!

[3]) S. schon Pal. II 505[3].

[4]) Gradenwitz, Itp. 235; Messina-Vitrano, Bull. 20, 239; Albertario, ist. Lomb. 47, 575.

„fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos „quasi possiderent", ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur: *sed et culpa. et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit.*

Der Passus *vel a semet .... liberatus* ist zweifellos interpoliert. Man mochte den Erbschaftsbesitzer auch wegen eigener Schulden an die Erbschaft mit der h. p. haften lassen; aber hier, wie bei einem negotiorum gestor von einem a semet ipso non exigere zu reden, darin eine culpa zu sehen und auch für diese Haftung die besondere Bedingung aufzustellen „hoc utique si exigere potuit", all das sind Mißgriffe, die niemand Ulpian zutrauen wird. Wahrscheinlich ist aber die Ausdehnung der Haftung auf die ante litem contestatam liegende culpa überhaupt justinianisch, da doch das Senatuskonsult schlechterdings nur von dolus spricht. Man achte auch auf den in der Luft schwebenden acc. c. inf. und die Modi *(exegit, esset, potuit)*, die teils nur zu direkter, teils nur zu indirekter Rede passen. Vermutlich hatte Ulpian an dieser Stelle von dem b. p^or^ sine re gehandelt[1]), der dolo malo Erbschaftsschulden einzuziehen unterlassen hat.

66. D. 5, 3, 25 § 8 Ulp. 525:

„Perinde", inquit, „condemnandos quasi possiderent": *merito: nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur.* accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere. sive autem ab alio res possideatur sive in totum non extet, locum habebit haec clausula. unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.

„Accipies" gehört unmittelbar hinter das Zitat. Was dazwischen steht, ist inhaltsleere Glosse, die als Begründung hinstellt, was doch nur Rekapitulation des Zitates selber ist. Auch der Schluß ist durch den Konjunktiv possit verdächtig.

---

[1]) Vgl. das sch. 5 zu Bas. 42, 1, 25, worauf schon Alibrandi, opere 1, 53 und Francke, de h. p. 278 hingewiesen haben.

67. D. 5, 3, 34 § 1, 36 pr. Paul. 319.

Im Original war durchweg nur vom servus und dominus, nicht vom filius und pater die Rede, was aus dem wiederholten Chiasmus, wie auch daraus hervorgeht, daß gelegentlich die Einschiebung des zweiten Falles unterlassen worden ist. In § 1 wurde dann der Eingang — sed et a filio usw. — mit Rücksicht auf die vorhergegangene Interpolation entsprechend hergerichtet.[1])

68. D. 5, 4, 3 Paul. 1233:

Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt *ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur.* nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores usw.

Die Anstöße liegen auf der Hand. Die Erörterung geht mit „nam traditum est" glatt weiter.

69. D. 6, 1, 10. 12 Paul. 333:

Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit: aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt. Si *vero* malae fidei *sit* possessor, *qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet: si vero* ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, *sumptibus suis.*

---

[1]) § 1 ist übrigens auch sonst verdächtig, nicht bloß wegen des in seiner Klassizität mindestens sehr zweifelhaften *praestavit. Sicut ad exhibendum* ist, so wie es dasteht, nicht erträglich; wahrscheinlich ist der ganze quia-Satz Glosse. Sonderbar ist auch, daß auf ein *non est dubium* noch ein *multo magis dicimus* draufgesetzt wird.

Zu beiden Stellen vgl. schon Beseler, Beitr. 1, 41. Hier sei nur, was fr. 12 angeht, auf folgende formale Anstöße aufmerksam gemacht. Wenn hinsichtlich des m. f. possessor „*idem statui debet*", konnte er nicht wohl mit *si vero* eingeführt werden. Der Anstoß verstärkt sich durch die Wiederholung des *si vero.* In alio loco. Das angeklebte *sumptibus suis* hat schon Beseler beanstandet.

70. D. 6, 1, 27 § 5 Paul. 336:

In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam *aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. quod et in area uxori donata per iudicem qui de dote cognoscit faciendum dixerunt* . . . .

Vgl. zu der Stelle Pernice, Labeo II[1] 383f. Schon dieser hat den nisi-Satz beanstandet. Es ist aber mehr zu streichen. Die Bebauung der area ist ein typisches Impensenbeispiel, fiel also schon unter den Eingangssatz und konnte nicht, am wenigsten nach Dazwischenschiebung des Falles der Noxalklage, als ein scheinbar neuer Fall eingeführt werden; das geschah nur, um bei dieser Gelegenheit das ius tollendi hereinbringen zu können. *Quod per iudicem* . . . . *faciendum* (was?) *dixerunt* (wer?) ist offenbar unmöglich.

71. D. 6, 1, 52 Iulian. 725:

Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes eius in rem *quidem* actionem suscipere cogendi non sunt, *sed in factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt.*

Der auf die angebliche i. f. actio bezügliche Schlußsatz ist sprachlich überaus verdächtig; man müßte statt dessen, was im Text steht, etwa erwarten: per quam restituere cogentur, quanto locuplet*iores* ex ea re facti *erunt.* Insbesondere hat das *fuerunt* gar keinen Sinn. Ist so auf den Schlußsatz kein Verlaß, so scheint es mir aussichtslos, über

Zusammenhang, Sinn oder ursprünglichen Wortlaut des dunkeln Eingangssatzes Vermutungen aufzustellen.[1]) Ich glaube, es gilt hier zu verzichten.

72. D. 6, 1, 78 Labeo 211:

Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. *Paulus.* Immo quaeritur: huius fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit? perceptionem fructus accipere debemus non [si][2]) perfecti[3]) collecti, sed etiam coepti ita percipi[4]), ut terra continere se fructus desierint: veluti si olivae uvae lectae, nondum autem vinum oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

Die Stelle ist dunkel, und alle bisherigen Erklärungsversuche sind m. E. unannehmbar. Man streitet darüber, ob Labeo einen gut- oder einen bösgläubigen Besitzer im Auge gehabt habe.[5]) Die eine Annahme scheint mir so willkürlich wie die andere, da der Jurist über diesen Punkt nichts sagt. Man fragt ferner, ob Labeo die Haftung des Besitzers gegenüber der rei vindicatio oder gegenüber einer condictio gemeint habe.[6]) Die erstere Deutung dürfte schon an der von dem Juristen gebrauchten Wendung „nihil dare oportet" scheitern; beiden aber steht das eben Bemerkte entgegen, daß in der Stelle, wie man es doch unbedingt erwarten müßte, zwischen den Fällen der bona und mala fides des Besitzers nicht unterschieden wird. Und die Note des Paulus sieht so aus, als ob dieser an Labeos Entscheidung nur das eine auszusetzen gehabt habe, daß dieser alles Gewicht auf das non coegisse lege, während zur per-

---

[1]) Vgl. dazu neuerdings Levy, Privatstrafe und Schadenersatz S. 90, der, an sich sehr anmutend, die actio in rem durch das interdictum Quem fundum ersetzen will.

[2]) si *del.* Mo. [3]) perfecte Naber, Mnem. 1894, 440[5].

[4]) ita percipi] percipi ita Naber, l. c.

[5]) Für jenes die Bas. XV 1, 78 und ihnen folgend Cuiac. obs. XI 39. Für dieses Heimbach, Frucht 94 f., dessen Meinung Savigny, Syst. VI 119 und Naber, Mnem. 1894, 440 folgen.

[6]) In letzterem Sinne Heimbach, Savigny, Naber.

ceptio gar nicht die vollendete Einsammlung erforderlich sei. Inkorrekt und unverständlich ist der mit *huius* beginnende erste Satz der Paulinischen Note. Wer ist der *hic*? Naber[1]) meint, es sei der Eigentümer des Grundstücks, von dem aber zuvor gar keine Rede war. Wenn Naber sagt: quod ideo negat Paulus, quia domini non idcirco fructus fit, quod praedo eum suo nomine perceperit, so gestehe ich, daß ich den Sinn dieser Bemerkung nicht verstehe. Wer sollte denn je auf den absonderlichen Gedanken gekommen sein -- dieser Gedanke wäre es ja, den Paulus bekämpfen würde --, daß der dominus deshalb Eigentümer der Früchte geworden sei, weil der praedo sie für sich perzipiert habe? Aber auch wenn man den *hic* vom Besitzer versteht, bleibt das Ergebnis unbefriedigend. Man müßte dann die Note dahin deuten, daß Paulus sagen wolle, eine condictio der Früchte (mit der auf dare oportere gerichteten intentio) setze voraus, daß der Besitzer Eigentümer der Früchte geworden sei; dazu reiche die einfache Tatsache der perceptio nicht aus. Auffallend wäre bei dieser Deutung vor allem, daß Paulus an die Stelle des von Labeo gebrauchten Begriffs der fructus coacti so ohne weiteres den der fructus percepti setzen würde, als ob beide ganz gleichbedeutend wären, während doch das weiter Folgende zeigt, daß Paulus gerade den Gebrauch des Worts cogere statt percipere bemängeln wollte. Auch würde Paulus, so verstanden, etwas bestreiten, was Labeo gar nicht behauptet hatte; denn behauptet hatte dieser ja — vorausgesetzt, daß die Beziehung auf die condictio richtig wäre — nicht, daß die eingeernteten fructus immer kondiziert werden könnten[2]), sondern nur, daß nicht eingeerntete fructus es nicht könnten. Zu diesen in der Sache liegenden Bedenken gegen das, was die Digesten den Paulus sagen lassen, treten noch solche der Form. Mommsen interpungiert den Satz als Fragesatz, und so ist er wohl auch gemeint; aber es fehlt die Fragepartikel, und der eine Modus (est) paßt nicht

[1]) Mnem. a. a. O.

[2]) Das wäre zweifellos falsch; denn der b. f. p^or lukriert die Früchte, und gegen den m. f. p^or steht die condictio nur hinsichtlich der konsumierten Früchte zu. Vgl. D. 13, 7, 22 § 2, C. 4, 9, 3.

zur indirekten, der andere (perceperit) nicht zur direkten Frage. Nach alledem wird es nicht wundernehmen, wenn ich der nota Pauli in ihrer überlieferten Gestalt mit Mißtrauen gegenüberstehe. Paulus muß in seiner Note an das immo quaeritur eine Unterscheidung angeknüpft haben, aus der sich ergab, daß Labeo zu allgemein rede, daß unter Umständen der Besitzer auch für fructus non coacti einzustehen habe, und zwar war das wahrscheinlich die zwischen fructus coacti und percepti. Aber was bedeutete Labeos Entscheidung selber? und warum haben die Leute Justinians sie umgearbeitet? Sicherheit darüber wird sich nicht gewinnen lassen; aber eine Vermutung möchte ich wagen. Es ist, worauf ich schon hinwies, auffallend, daß Labeo seine Entscheidung anscheinend ohne Rücksicht auf b. oder m. f. des Besitzers trifft. Nun gab es in klassischer Zeit einen wichtigen Fall ziviler Fruchthaftung des Besitzers, wo in der Tat auf diesen Unterschied nichts ankam: die Haftung auf doppelten Fruchtersatz aus der cautio pro praede litis et vindiciarum.[1]) Allerdings beschränkt sich diese Haftung zu des Paulus Zeiten nicht auf die fructus percepti, sondern begreift auch den Wert der fructus percipiendi, Paul. sent. I 13b § 8:

> Possessor hereditatis qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur.

Ob der Zwölftafelsatz, der dieser Haftung zugrunde lag, von jeher und insbesondere schon von Labeo so ausgelegt wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Denn auch wenn diese Frage zu bejahen sein sollte, würde Labeos Entscheidung, auf die Kaution bezogen, ihren guten Sinn haben. An den Fall der Haftung wegen nicht vorhandener Früchte würde dann Labeo gar nicht gedacht haben, sondern nur einfach haben sagen wollen: der Besitzer könne wegen vorhandener, aber von ihm nicht eingeernteter Früchte aus der Kaution nicht in Anspruch genommen werden. Und daran würde sich zwanglos eine Note haben anschließen können, es frage sich, ob die Fruchthaftung aus der Kaution

---

[1]) Vgl. E.P.² 500.

nicht schon dadurch gegeben sei, daß (idcirco quia) der Besitzer die Früchte suo nomine perzipiert habe. Die Kompilatoren aber ersetzten die für sie nicht brauchbare Beziehung auf die Kaution durch den sinnlosen Satz: huius fructus .... factus est. Paulus konnte sich für diese seine Meinung auf Labeo selbst berufen; denn auf keinen andern als diesen geht die im Text folgende Definition der perceptio zurück, vgl. Paul. 3 ad Sab. D. 7, 4, 13 Paul. 1650:

> Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso *aut uva adempta*[1]) aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum *vel vindemia coacta* sit.

Freilich sind beide Stellen nicht ganz unverändert geblieben. Die Erwähnung der Weinlese dürfte hier wie dort eingeschoben sein. Die Einschiebung verrät sich an beiden Orten durch den Chiasmus (in fr. 78 cit.: olivae uvae — vinum oleum, in fr. 13 cit.: uva olea — oleum vindemia). In fr. 13 cit. achte man weiter auf den Wechsel von *aut* und *vel* und auch darauf, daß zu *tritum* frumentum und oleum *factum* die Parallele vindemia *coacta* nicht paßt, — man sollte uva pressa oder etwas Ähnliches erwarten. Fr. 78 zeigt außerdem, auch wenn man von den kleineren Korruptelen absieht, die allenfalls durch Konjektur geheilt werden können (s. S. 154 Anm. 2—4), noch andere Spuren der Bearbeitung. Die Worte *ab aliquo* sind überflüssig, wenn nicht geradezu irreführend, der Schlußsatz *statim* (!) *enim ipse* (!) *accepisse* (!) *fructum existimandus est* ist überaus seltsam gefaßt, ja kaum verständlich und jedenfalls so nicht zu halten. Man muß annehmen, daß die Veränderung der ursprünglichen Beziehung der Stelle irgendwie in Zusammenhang mit diesen weiteren Veränderungen stehe.

73. D. 6, 2, 9 § 4 Ulp. 570:

> Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus

---

[1]) [a]dempta **Hoffmann**.

libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

Der zweite Satz dieser Stelle ist formell dadurch verdächtig, daß wir hinter scripsit statt des acc. c. inf. einen ut-Satz finden.[1]) Das darf, mag auch die Meinung Julians getreu wiedergegeben sein, doch nicht unbemerkt bleiben.

74. D. 7, 1, 12 § 5 Ulp. 2573:

Iulianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos.[2]) Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos[3]) nactus fuerit fructuarius, fortassis[3]) fiant eius: *nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur*, exemplo rei sub condicione legatae, quae interim heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit. verum est enim condictionem competere proprietario. cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Iulianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius *per traditionem*[4]) accepit nondum *quidem* pretio soluto, *sed tamen ab eo satisfacto*)[5]), dicendum est condictionem pendere *magisque in pendenti esse dominium.*[6])

Der Passus *nam si fiunt* bis *efficientur* ist der Form und

---

[1]) Umgekehrt hält Rabel, Holtz.-Kohlers Enz. I, 446 die widersprechende Stelle des Neratius D. 19, 1, 31 § 2 für interpolationsverdächtig.

[2]) Den Vermutungen Pampalonis, studi sopra il del. di furto I 159 und Bull. 22, 137f. vermag ich nicht zu folgen.

[3]) Beseler, Beitr. 3, 85 streicht istos und fortassis, beides m. E. ohne hinreichenden Grund. Was „fortassis" anlangt, so konnte es sehr wohl zweifelhaft sein, ob die späterhin irgendwo erfolgende Besitzergreifung dem Nießbraucher das Eigentum verschaffe.

[4]) mancipio *scr.*

[5]) Vgl. Pringsheim, Kauf mit fremdem Gelde 55.

[6]) Vgl. Eisele, Z. S.-St. 11, 16.

dem Inhalt nach verdächtig. Der Form nach: statt *fierent* und *efficientur* verlangt die Grammatik: fiant und efficiantur. Dem Inhalt nach: die ratio für den späteren Eigentumserwerb des Nießbrauchers liegt doch wahrlich nicht in dem einstweiligen des Proprietars; der Satz ist — mir wenigstens — einfach unverständlich. An Stelle dieses Satzes muß im Original die Folgerung gestanden haben, die Marcellus aus seinem Bedenken zog und sodann durch das exemplum rei sub condicione legatae stützte. Diese Folgerung ging wahrscheinlich dahin, daß mit dem Eigentumserwerb des Nießbrauchers die bis dahin dem Proprietar zuständig gewesene condictio erlösche. Wie sich Ulpian dazu stellte, ist aus dem Satz „verum est . . . . proprietario", der aus dem Zusammenhang gerissen ist, nicht mehr zu ersehen.

75. D. 7, 1, 13 pr. § 1 Ulp. 2582:

„Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, *ut officio iudicis hoc fiat:* nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate." haec autem ad omnem usum fructum pertinere Iulianus libro trigensimo octavo digestorum probat. si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit se boni viri arbitratu usurum fruiturum: sed et si plures sint, a quibus usus fructus relictus est, singulis satisdari oportet. (§ 1) *Cum igitur de usu fructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet.*

Der Eingangssatz ist Zitat, vermutlich aus Sabinus.[1]) Aus diesem Zitat sind aber die unmöglichen Worte *ut officio iudicis hoc fiat* zu streichen und nicht etwa zu emendieren.[2]) Sie sind eine erläuternde Interpolation und wollen besagen, daß der Richter mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln auf die Stellung der Kaution hinzuwirken habe. Auch *in*

---

[1]) So Schulz, Sabinusfragm. 40.

[2]) Bortolucci, Bull. 21, 136 will statt *hoc* lesen: restitutio. Aber die Kaution, die doch nicht bloß auf den Fall eines Prozesses berechnet ist, geht aus guten Gründen auf restitutum iri arbitrio boni viri, nicht officio iudicis.

ea re ist schwerlich echt. Daß hinter dem zweiten si zu ergänzen ist: per damnationem, hat schon Krüger bemerkt. Ganz unecht ist § 1. Zu *arbitratur* fehlt das Subjekt, ebenso zu dem folgenden *debet*. *Arbitrari quod factum est* ist eine unmögliche Wendung. *Debet* statt *debeat*. In § 2 ist von der prätorischen actio de usufructu die Rede (vgl. E.P. ² § 171), in einer Weise; die zeigt, daß sie vorher berührt gewesen sein muß. Auf sie wird sich das bezogen haben, was im Urtext an der Stelle des jetzigen § 1 stand.

76. D. 7, 1, 24 Paul. 1818:

Si quis donaturus usufructuario spoponderit servo in quem[1]) usum fructum habet stipulanti, ipsi usufructuario obligabitur, *quia ut ei servus talis stipulari possit, usitatum est.*

Der quia-Satz dürfte eine Glosse sein. Die Begründung ist nicht bloß nichtssagend, sondern schief. Denn nicht darauf kommt es an, ob *ei servus talis* (!) *stipulari potest*, was zweifellos ist, sondern ob der Sklave in diesem Fall dem Nießbraucher erwirbt.

77. D. 7, 1, 25 § 2 Ulp. 2587:

Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus usus fructus mansit, adquiretur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit *semel adquisita fructuario*, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem.

In den Text geratene Glosse zu dem folgenden semel cui quaesita.[2])

78. D. 7, 1, 25 § 5 Ulp. 2587:

Idem Iulianus eodem libro scripsit: si servo fructuarius operas eius locaverit, nihil agit: nam et si ex re mea, inquit, a me stipulatus sit, nihil agit, non magis quam servus alienus bona fide mihi serviens idem agendo domino quicquam adquirit. simili modo, ait, ne quidem si rem meam a me fructuario conducat, me non obligabit.

---

[1]) quo *scr.* ?

[2]) Nicht gegründet scheinen mir die Vermutungen Pampalonis, Bull. 22, 142.

et regulariter definiit: quod quis ab alio stipulando mihi adquirit, id a me stipulando nihil agit: *nisi forte, inquit, nominatim domino suo stipuletur a me vel conducat.*

Vel conducat ist selbstverständlich interpoliert, da ja in der definitio selbst von conductio gar keine Rede war. Wahrscheinlich aber ist der ganze nisi forte-Satz, gleich so vielen andern, ein Einschiebsel, das hier aus § 4 und 6 abgezogen wurde. Julian würde die Ausnahme, wenn er sie gemacht hätte, einfach in die Regel selbst eingeschoben haben: id a me stipulando, nisi nominatim domino suo stipuletur, nihil agit.

79. D. 7, 1, 26 Paul. 1660:

Si operas suas locaverit servus fructuarius et inperfecto tempore locationis usus fructus interierit, quod superest ad proprietarium pertinebit. sed et si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit, *capite deminuto eo* idem dicendum est.

Zu *eo* fehlt die Beziehung, da der Usufruktuar zuvor nicht genannt war. Auch ist nicht abzusehen, warum hier der „Untergang des Nießbrauchs" durch den einzelnen Fall der c. d. ersetzt wird. Wahrscheinlich eine ungeschickt gefaßte Glosse zu si usus fructus interierit.

80. D. 7, 1, 69 Pomp. 458:

⟨*Gregis usufructuarius debebit in locum capitum defunctorum*⟩ vel inutilium alia summittere, ut *post substituta fiant propria* fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est *et cum substituit, desinit eius esse*.

Statt *post substituta fiant propria* vermutet Mommsen einleuchtend pro substitutis fiant priora.[1]) Dagegen ist *ex natura fructus* und *et cum substituit desinit eius esse* als Glossem zu streichen. Daß der Eigentümer sein Eigentum an den abgängigen Tieren ex natura fructus an den Usufruktuar verliere, ist doch offenbar nicht wahr und widerspricht direkt dem folgenden: nam alioquin quod nascitur

[1]) Vielleicht ist auch nur *propria* zu verbessern und *post substituta*, das ein Glossator im Sinne von post substitutionem hinzugesetzt haben könnte, einfach zu streichen.

fructuarii est, und die Schlußworte sind von jemandem zugesetzt, der das unmittelbar Vorhergehende nicht verstanden hatte. Nachdem nämlich Pomponius gesagt hatte, daß der Proprietar das Eigentum der abgängigen Tiere an den Usufruktuar verliere, fügt er, um die Besonderheit des Falles hervorzuheben, hinzu, daß, abgesehen von diesem Fall (alioquin), dem Usufruktuar nur das quod nascitur gehöre, und gerade darauf wird das Glossem *ex natura fructus* gemünzt gewesen sein, das im Text an die falsche Stelle geraten ist. Die *natura fructus* dürfte geradeso byzantinisch sein, wie die natura actionis und contractus.

81. D. 7, 3, 1 § 4 Ulp. 2548:

Non solum autem usus fructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usu fructu: idemque et si ex die fuerit legatus usus fructus: denique Scaevola ait agentem ante diem usus fructus nihil facere, quamvis alias qui ante diem agit, male agit.[1])

Es ist zu lesen: non solum autem, si per vindicationem legatus sit usus fructus, ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec per damnationem legati.[2]) Zwischen ait und agentem ist ex testamento einzuschieben.

82. D. 7, 6, 6 Paul. 346:

Qui de usu fructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur: quod si liti se obtulit et quasi possessor actionem de usu fructu accepit, damnabitur.

An anderm Orte (Grünh. Ztschr. 37, 530f.) habe ich zu erweisen versucht, daß die Haftung der sog. ficti possessores nicht dem klassischen Rechte angehört. Ist dem so, so muß auch obige Stelle als interpoliert angesprochen werden, da der Nichtbesitzer nur aus der clausula de dolo der von ihm gestellten Kaution in Anspruch genommen werden konnte, von der actio in rem aber unter allen Umständen absolviert werden mußte.

83. D. 7, 8, 14 pr. Ulp. 2580:

Per servum usuarium si stipuler vel *per traditionem* accipiam, an adquiram, quaeritur, *si ex re mea vel ex operis*

---

[1]) causa cadat? Heumann-Seckel s. v. exceptio 182.

[2]) Vgl. Wlassak, Z. S.-St. 33, 113 n.

eius. et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possum*us:* sed si ex re mea, dicimus servum usuarium stipulantem vel *per traditionem* accipientem mihi adquirere, cum hac opera eius utar.

Mommsen vermutet: *scilicet* ex re mea vel ex operis eius. Mir ist wahrscheinlicher, daß der Satz *si ex* .... *eius* lediglich eine aus dem Folgenden gezogene Glosse und daher zu streichen ist. „Possumus“ statt des zu erwartenden possum ist wohl nur ein Versehen: der Abschreiber las possum', wo possum stand.

84. D. 7, 8, 16 § 2 Pomp. 471:

Servo, cuius usum dumtaxat, non etiam fructum habemus, potest et a nobis quid donari *vel etiam ex pecunia nostra negotiatum esse*, ut quidquid eo modo adquisierit, in peculio nostro sit.

Daß Pomponius so nicht geschrieben haben kann, ist klar. Die Stelle gehört offenbar einem Zusammenhang an, wo Pomponius den Unterschied zwischen dem Erwerb des servus fructuarius und dem des servus usuarius behandelte. Der Erwerb ex operis fällt dem Nießbraucher, nicht aber dem Usuar zu, wogegen hinsichtlich des aus ihrem Vermögen gemachten Erwerbes zwischen beiden kein Unterschied besteht. Daran anknüpfend wird der Jurist gesagt haben, daß der Usuar dem servus usuarius auch schenken könne, mit der Wirkung, daß das so Erworbene als Bestandteil des dem Usuar gehörigen Pekuliums gelte. Die kursiv gedruckten Worte aber sind Einschiebsel eines Glossators oder Kompilators; sie sind nicht nur formell, sondern auch sachlich anstößig, da durchaus nicht aller Erwerb ex re usuarii Pekulium wird.

85. D. 7, 9, 9 Ulp. 1249:

Si usus fructus mihi legatus sit eumque restituere sim Titio rogatus, videndum est, quis debeat cavere, utrum Titius an ego qui legatarius sum: *an illud dicimus mecum heredem acturum, cum fideicommissario me agere debere?* et est expeditius *hoc dicere: si mihi spes aliqua durat usus fructus et, cum tu amiseris, potest ad me reccidere, hoc est ad legatarium, ita rem expediri*, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. *quod si fideicommissarii*

causa usus fructus mihi relictus est nec est ulla spes ad me revertendi fructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.

Die Interpolationen verraten sich durch formale und sachliche Kennzeichen. Gefragt ist, wer die Kaution zu stellen habe, von einem Prozeß keine Rede: woher das *acturum* und *agere debere*? und was für Aktionen sollen das sein? Weiter: et est expeditius .... ita rem expediri! Ulpian entschied ebenso einfach wie richtig: et est expeditius, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. Man überlege nur, auf welchem Wege der Erbe den Fideikommissar zwingen soll, ihm zu kavieren.

86. D. 8, 1, 9 Cels. 31.

In dieser Stelle, die in anderer Richtung von Albertario (Filang. 37, 519) beanstandet worden ist, erregt Anstoß die Verbindung *verum constitit ut*, die dem Celsus nicht zuzutrauen ist. Da aber der ut-Satz selbst nach Form und Inhalt ganz einwandfrei ist, dürfte nur das verum constitit als unecht anzusprechen sein.

87. D. 8, 1, 15 § 1 Pomp. 477:

Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, *aut in hoc ut in suo pingat*, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

Einleuchtend vermutet Mommsen: veluti viridia ⟨at-⟩ tollat, ut .... praestet. Wenn er dagegen das folgende *in hoc* durch „id est propter prospectum amoeniorem" erläutert, so ist das nicht zu halten. Vielmehr dürfte *aut in hoc ut in suo pingat* Zusatz eines Interpreten sein, der ein sehr überflüssiges zweites Beispiel für Verschönerung der Aussicht geben wollte.

88. D. 8, 2, 10 Marcell. 33:

Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego[1]) heres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit: quid[2]) cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat an hereditarias? *et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur*

[1]) vel usum fructum earum Mommsen. [2]) numquid *edd.*

praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est, ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est, si alteri aedes[1]), alteri aliarum[2]) usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare[3]) autem potest et aedibus obscuratis. ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur.[4])

Der kursiv gedruckte Satz ist m. E. zweifellos interpoliert. Auf die hier aufgeworfene Frage wird im folgenden keine Antwort erteilt. Und formell beachte man: *quaero an debet*; *per alienas aedes* ist zur Bezeichnung der im Eigentum des Erben befindlichen aedes propriae oder hereditariae kaum der geeignete Ausdruck; *ad eam rem*, wo es sich doch nur um ein Grundstück handeln kann; *legatur* statt *legata est*. Es ist sicut solet quaeri usw. unmittelbar an das Vorhergehende anzuschließen: der Anfragende wies lediglich darauf hin, daß die Frage, ob der Erbe dem vermachten Hause das Licht beeinträchtigen dürfe, eine analoge sei wie die, ob dem Nießbrauchslegatar der unentbehrliche Zugang zu gewähren sei. Ebendiese Analogie wird weiterhin (in dem non-autem-Satz) von dem Juristen zurückgewiesen, woraus sich die ursprüngliche Beziehung des mit sicut solet eingeleiteten Satzes mit Sicherheit ergibt.

89. D. 8, 2, 17 pr. Ulp. 2723:

Si arborem ponat, ut lumini officiat, aeque dicendum erit contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor efficit, quo minus caeli videri possit. si tamen id quod ponitur lumen quidem nihil impediat, solem autem auferat, *si quidem eo loci, quo gratum erat eum*

---

[1]) alteras *ins.*? [2]) alterarum *scr.*?

[3]) habitari *scr.* cf. D 7, 1, 30.

[4]) Zum oben nicht abgedruckten interpolierten Schluß der Stelle vgl. Pernice, Labeo II[1] 65 n. 4[a].

> *non esse,* potest dici nihil contra servitutem facere: *sin vero heliocamino vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri.*

Die mit *si quidem, sin vero* gemachte Unterscheidung ist, wie so oft, auch hier interpoliert. Es ist nicht abzusehen, wie die servitus ne luminibus officiatur durch das Setzen eines Baums verletzt sein soll, der, wie ausdrücklich gesagt ist, lumen nihil impedit. Unterstützend kommt die Ungelenkigkeit der Ausdrucksweise in Betracht: auf ein „dicendum erit contra impositam servitutem eum facere" folgt, was angeht, ein „potest dici nihil contra servitutem facere"; dann aber, kaum erträglich, wieder: dicendum erit contra servitutem impositam fieri. Aus § 1, wo entschieden wird, daß die Niederlegung eines Baums oder die Beseitigung von Baumzweigen, wodurch ein bisher schattiger Platz sonnig wird, nicht gegen die Servitut ne luminibus officiatur verstoße, darf nicht etwa per arg. e contrario darauf geschlossen werden, daß die Errichtung eines Baues usw., wodurch ein bisher sonniger Platz schattig werde, mindestens unter Umständen eine Servitutverletzung enthalten könne. Denn der Entscheidungsgrund ist hier wie dort der gleiche: luminibus non officitur.[1])

90. D. 8, 2, 20 pr. Paul. 1878:

> Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. idem eveniet et si menianum in tuum inmissum habuero aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo.

Die Stelle ist stark korrumpiert, und zwar, wie ich glaube, nicht infolge von Schreiberversehen, sondern durch Interpolation, die darauf zurückgeht, daß die Kompilatoren das possessione retinentur, wobei der Jurist einfach an possessio aedificii gedacht hatte, auf iuris quasi possessio

[1]) Im Original könnte im § 1 hinter per contrarium ein quoque gestanden haben, das wegen der interpolierten Unterscheidung gestrichen werden mußte.

bezogen und das Bedürfnis näherer Ausführung darüber empfanden. Ich sehe ab von dem si forte, das, obwohl bei den Kompilatoren beliebt, doch sicher auch echt sein kann. Aber der Sinn des Satzes *hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem* läßt sich höchstens ahnen und wird auch nicht deutlicher, wenn man mit geringeren Handschriften *consuetudine* liest oder mit Mommsen *habendi consuetudinem* ganz streicht.[1]) Ebenso unverständlich sind (und bleiben, auch wenn man statt *si* liest: sic) die Schlußworte et si quasi facto quodam possideo. Auf Wiederherstellung des Urtextes ist zu verzichten. Die in der Stelle gegebenen Beispiele sind zutreffend; es ist aber auffallend, daß das Objekt menianum durch ein besonderes Prädikat (immissum habuero) regiert wird, während doch das folgende, zu stillicidium gehörige Prädikat proiecero) nicht nur ausreichen, sondern zu menianum sogar besser passen würde als jenes.

91. D. 8, 3, 2 § 1. 2 Nerat. 67:

Aquae ductus *et haustus aquae* per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus *concedi* potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur: si aquae ductus *vel haustus aquae* sufficiens est, potest et pluribus per eundem locum *concedi*, ut et isdem diebus vel horis ducatur.

Der *aquae haustus* ist, wie aus dem folgenden ut ducatur hervorgeht, in beiden Paragraphen interpoliert.

92. D. 8, 3, 6 pr. Paul. 1210:

⟨*Cretae eximendae servitus non ultra constitui potest, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est* (cf. fr. 5 i. f.)⟩, veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur *(sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolia fiant)*, *vel tegulae vel ad villam aedificandam*, sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit.

Sicut .... *fit*, ut .... *fiant*! Der ganze Satz ist vollkommen überflüssig und offenbar Glossem. Man achte ferner auf den mangelnden Parallelismus zwischen *ut amphoris .... evehatur* und *ut dolia fiant*. *Vel tegulae ad*

[1]) *Hoc ut immissum habeam* kann man doch nicht besitzen!

villam aedificandam (das wiederholte *vel* ist ja jedenfalls zu streichen) könnte natürlich an sich echt sein; da aber im Nachsatz wieder nur von vasa und nicht von tegulae die Rede ist, so ergibt sich, daß auch dieser Passus Glossem oder Interpolation ist.

93. D. 8, 3, 13 § 3 Iavol. 40:

Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: *sin autem praetermissus est aeque latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.*

Die hier gemachte Unterscheidung will keineswegs einleuchten. Wird ein Weg z. B. „über die Wiese" eingeräumt (locus est portio fundi, D. 50, 16, 60 pr.), so soll der Berechtigte qualibet gehen dürfen; wenn „durch das Gut", so soll durch Wahl ein bestimmter Weg festgelegt werden. Man fragt vergebens nach dem Grund dieser Verschiedenheit. Wahrscheinlich ist von *sin autem* ab alles interpoliert. Es fehlt auch nicht an sonstigen — sprachlichen und sachlichen — Verdachtsgründen. *Sin autem. Per totum fundum* statt per aliquam partem. *Poterit eligi* statt — Juristen reden genau — debebit eligi. Wer hat zu wählen (die Bezugnahme auf den arbiter ist doch nur ein Ausweg für den Notfall)? *Pro* im Sinn von *περί* ist Gräzismus. *Pro quo ipso. Si dubitabitur* ist ungenaue Bezeichnung für den „Streitfall".

94. D. 8, 3, 36 Paul. 1288:

Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, *si ei forte frui non licuisset,* relata est.

Si forte! Frui in bezug auf eine servitus aquae ducendae!

95. D. 8, 5, 8 pr. Ulp. 598:

Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet perti

nere: *nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus.* et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, *hoc est ius tibi non esse me cogere.*

Die Schlußworte von *hoc est* ab hat schon Segrè (mél. Girard II 523) beanstandet; im unmittelbar Vorhergehenden ist *actio contraria* zur Bezeichnung der negatoria und *dabitur* in bezug auf eine actio civilis mindestens auffallend (Segrè l. c.). Außerdem ist aber sicherlich der ganze läppische, mit *nam si* beginnende Begründungssatz interpoliert; formal ist hier der Wechsel in Modus und Tempus (deponat .... restituet) anstößig.

96. D. 8, 5, 8 § 5 Ulp. 601:

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, *nisi ei rei servitutem talem admittit.* idemque ait: *et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere.*

Zu *nisi .... admittit* vgl. Segrè, l. c. 526. Für mich kommt hier nur das Weitere in Betracht, das ich für interpoliert halte. Zwar an dem Wechsel zwischen Einzahl (superiore) und Mehrzahl (inferiora) darf man keinen Anstoß nehmen, obwohl vorher gerade von superiora aedificia die Rede war. Denn es liegt in der Natur der Dinge, daß die Immission von einem Gebäude ausgeht, sich aber auf mehrere erstrecken kann. Wohl aber ist auffallend *et non* statt neque. Ferner das gar zu unbestimmte *non quid aliud. Alii:* welchem anderen? *Facere* für aedificio suo uti. *Fumi autem sicut aquae esse immissionem:* die Darstellung fällt plötzlich in die indirekte Rede; der Satz selbst ist, zumal vorher ohne weiteres von fumi und aquae immissio die Rede war, von gar zu platter Selbstverständlichkeit; außerdem aber müßte man nach dem Vorhergehenden umgekehrt erwarten: aquae autem sicut fumi esse immissionem. *Ius illi non esse id* (was?) *ita facere* (was ita facere?). Ich verkenne nicht, daß diese Argumente nicht alle von gleicher

Bedeutung sind; zusammengenommen aber begründen sie starken Verdacht.

97. D. 8, 5, 9 Paul. 354:

Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, *sicut in via diximus.*[1] *sed si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse,* fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait.

Der mit sed si beginnende Satz ist sicherlich nicht unberührt. Subjekt für aedificavit ist der vicinus, für habet und potest der Servitutberechtigte, der hier aus der ersten in die dritte Person fällt. Das Auftauchen des Nießbrauchs in so enger Verbindung mit der via ist um so verdächtiger, als wir, wie so oft bei Interpolationen, auch hier wieder einem Chiasmus begegnen (usumfructum sive viam: ire agere vel frui) und als das, was von dem Wegerecht gesagt wird, nur den Inhalt des Eingangs der Stelle wiederholt. Der Urtext läßt sich begreiflicherweise nicht wiederherstellen; möglich wäre, daß Paulus nur einfach bemerkt hätte, daß der Nießbraucher einer area nach deren Bebauung die intentio ius sibi esse uti frui nicht mehr gebrauchen könne, weil sein Nießbrauch untergegangen sei, und daß die Kompilatoren die Erwähnung der via und die Unterscheidung der Fälle si nondum aedificavit und si aedificavit hineingeflickt haben.

98. D. 8, 5, 20 Scaev. 12:

Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet aut, si ex *fideicommissi* causa eum sibi dari

---

[1]) *Trib.?* vgl. Segrè, mél. Gir. II 598[1].

legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. respondit deberi.[1])

Scaevola hat gewiß nicht geschrieben: si ex *fideicommissi* causa eum sibi dari *legatarius* desideraret. Vielmehr dürften die beiden von ihm erörterten Fälle der des Vindikations- und des Damnationslegats gewesen und also eingangs zu lesen sein: quem per vindicationem legaverat, und weiterhin etwa: si ex damnationis causa. Es muß aber darauf aufmerksam gemacht werden, daß gerade in den Scaevolaexzerpten die Verwischung des Gegensatzes zwischen Legat und Fideikommiß besonders häufig auftritt. Ich habe mir folgende Stellen notiert: Scaev. 44 D. 34, 4, 31 pr.; 50 D. 32, 33 § 2; 58 D. 32, 35 § 2; 83 D. 34, 1, 18 pr.; 277 D. 36, 2, 27 pr. Mit Ausnahme der letzten, die den Responsen zugehört, entstammen sämtliche Stellen den Digesten Scaevolas. Die Korruptel ist nicht überall auf die gleiche Weise zu erklären. In D. 34, 4, 31 pr. sind die Schlußworte „*nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere*“ (ebenso auch der Passus *cum memor .... cavisset*) interpoliert. Ebenso in D. 32, 33 § 2 die Worte *teneri* und *ex causa fideicommissi .... etiam*. In D. 32, 35 § 2 ist es der Anfragende, vielleicht ein Grieche, dem die Verwechselung zur Last fällt.[2]) Ebenso in D. 34, 1, 18 pr. und 36, 2, 27 pr.

---

[1]) non debere Riccobono, riv. Ital. 21, 402 (S. A. 25f.).

[2]) In dieser Stelle sind, nebenbei bemerkt, der Passus *inter fundos quos supra legavit* ein Glossem und weiterhin die Worte *et de eo .... esset* interpoliert.

V.

Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen.

Von

Herrn Professor Dr. **Bernhard Kübler**

in Erlangen.

In der klassischen Jurisprudenz der Römer war der Grundsatz aufgestellt, daß die Haftung für Verschulden bei Verträgen nach dem Parteiinteresse abgestuft sei. Wir haben diesen Grundsatz das Utilitätsprinzip genannt und ihn gegen Angriffe zu verteidigen gesucht.[1] Zu seinen schärfsten Gegnern gehörte Pernice, wenn er auch in dem Schema einen fruchtbaren juristischen Gedanken fand.[2] Aber er meinte, das Vermächtnis, das Universalfideikommiß, die dos und die iudicia contraria ließen sich dem Schema nur gewaltsam einordnen.[3] Darauf ist zu erwidern, daß das Schema zunächst nur für Vorträge aufgestellt ist, unter die allerdings auch die iudicia contraria einzurechnen sind. Daß aber gerade auf diese das Utilitätsprinzip von den Römern angewendet wurde und für sie auch aus allgemeinen Gründen sehr berechtigt ist, glauben wir gezeigt zu haben. Es bleibt nun noch übrig, zu prüfen, ob wirklich das Schema für dos, Vermächtnis und Universalfideikommiß nur gewaltsame Einordnung gestattet, oder ob nicht vielleicht sein Geltungsbereich viel größer ist und sich auch auf kontraktsähnliche Verhältnisse, vielleicht auch auf die Haftung aus Quasidelikten erstreckt. Es ist dabei immer daran festzuhalten, daß es sich nur um ein Prinzip handelt, das dem Richter im einzelnen Falle Richtlinien geben soll, keineswegs um eine starre Rechtsregel, die keine Ausnahmen duldet.[4]

---

[1]) Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto von Gierke, 1910, II S. 235ff., Zeitschr. der Sav.-Stift. 38, 1917, S. 73ff.

[2]) Labeo II [2], 2, 152. Anders Jhering, Schuldmoment S. 53.

[3]) A. a. O. 150. [4]) Jhering, Schuldmoment S. 54.

I. Dos.

In der Zeit der klassischen Jurisprudenz hat der Ehemann bei der Rückerstattung der Dos für Culpa gehaftet, das heißt, er hatte für die Sorgfalt eines diligens pater familias einzustehen.[1] Das wird ausdrücklich mit dem Utilitätsprinzip begründet, Mod. coll. 10, 2, 2:

sic enim in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. Vgl. auch Ulp. Dig. 13, 6, 18 pr. am Ende.

Paul. Dig. 23, 3, 17 pr.:

in rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit.

Das hat auch guten Grund. Daß der Ehemann Interesse an der Dos und Nutzen davon hat, wird wohl niemand bestreiten. Hätte er ihn allein, so müßte er nicht nur für dolus und culpa haften, sondern auch für casus, und das muß er auch, wenn die Dos in vertretbaren Sachen besteht oder abgeschätzt gegeben wird mit der Bestimmung, daß die Schätzungssumme zurückzugeben ist.[2] Wo das nicht der Fall ist, haftet der Ehemann dagegen nur für culpa, weil die Dos in beiderseitigem Interesse, auch dem der Frau, bestellt wird. Daß die Ehefrau wegen ihrer ganzen Stellung im Hause und dem Manne gegenüber ein großes Interesse daran hat, nicht undotiert zu sein, ist eine Anschauung, die sich überall in der römischen Literatur zeigt, nicht nur in der juristischen. Sie ist sehr alt und spielt schon im Trinummus des Plautus, der neben griechischen auch römische Sitten schildert[3]), eine wichtige Rolle. Lesbonicus sagt dort, wenn er seiner Schwester keine Mitgift gäbe, würde er sich vorkommen, als gäbe er sie zum Konkubinat, v. 690:

ne mi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi,
Si sine dote dem, dedisse magis quam in matrimonium.

---

[1]) Belege in der Festschrift für v. Gierke II 249.

[2]) Steph. Schol. Basil. 29, 1, 13, 1. Pomp. Dig. 23, 3, 18. Iav. Dig. 24, 3, 66, 3.

[3]) Fredershausen, Hermes 47 (1912), 229.

Und v. 612 heißt es:

flagitium quidem hercle fiet, nisi dos dabitur virgini.

Es besteht Gefahr, daß, wenn die Bestellung der Mitgift verzögert wird, der Freier abschwenkt, und die „Heiratsgelegenheit" sei doch erstklassig, v. 744:

Nunc si opperiri vis adventum Charmidis,
Perlongumst: huic ducendi interea abscesserit
Lubido: atqui ea condicio vel primaria est.[1])

Eine passende Ehegelegenheit für die Tochter zu suchen, war Pflicht des Vaters, und dazu gehörte eine hinreichende Dotierung, Dig. 23, 2, 19 (condicionem quaerere).[2]) Die Sitte forderte die Dos für eine Ehe. Andererseits war die Gültigkeit der Ehe Voraussetzung der Dos.[3]) Die Bestellung der Dos war keine unentgeltliche Zuwendung. Wenn also Pernice sagt[4]), daß bei der Dos die Konstruktion des Utilitätsprinzips sehr künstlich sei, so ist das nicht zutreffend.

Nun wird an drei Stellen die Haftung des Ehemanns auf diligentia quam suis beschränkt, nämlich Ulp. D. 24, 3, 24, 5:

Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget (adhibet Mommsen), nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.

Ferner Paul. D. 23, 3, 17 pr.:

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum

---

[1]) Cf. Plaut. Stich. 138: quin vos capitis condicionem ex pessuma primariam?

[2]) Liv. 3, 45, 11. Viele Belege für diese Bedeutung des Wortes condicio bei Brissonius s. v. und in den Wörterbüchern.

[3]) Dig. 23, 3, 3; 67. 23, 2, 58. 41, 9, 1, 4. Über die Bedeutung der Dos für die Ehe vgl. Dig. 23. 3, 2. 24, 3, 1. 42, 5, 18.

[4]) Labeo II², 2, 151.

quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

Endlich C. 5, 14, 11, 4 (a. 530):

dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem circa suas res habere invenitur, nec ex eius malignitate vel desidia aliqua mulieri accedat iniuria.

Daß die beiden ersten Stellen interpoliert sind, habe ich schon früher[1]) im Anschluß an Pernice[2]) und Mitteis[3]) behauptet, wie ich denn überhaupt die diligentia quam suis und die rebus suis consueta neglegentia für interpoliert halte.[4]) Sie kommen vor bei der Tutel D. 17, 3, 1 pr. D. 16, 3, 32 (?), beim Gesellschafter D. 17, 2, 72, Inst. 3, 25, 9, bei der Erbengemeinschaft D. 10, 2, 25, 16[5]), beim Verwahrer D. 16, 3, 32 und beim Universalfideikommiß D. 36, 1, 23, 3.[6]) Man hat sich die erdenklichste Mühe gegeben, zu ergründen, weshalb in diesen Fällen eine mildere Haftung eintreten solle, aber vergeblich.[7]) Der Ehemann wird zwar Eigentümer der Dos[8]), solange die Ehe besteht, aber er ist zur Rückerstattung, wenigstens in den meisten Fällen, verpflichtet. Besteht die Dos in Fungibilien, so spielt die Culpa keine Rolle. Ist sie aber in natura zu restituieren, so verdient der Ehemann keine

---

[1]) Festschrift für v. Gierke II 245 ff.

[2]) Labeo II [2], 2, 211; 207. [3]) Röm. Privatrecht I 332.

[4]) Ebenso Seckel s. v. diligens; Perozzi, Istituzioni 2, 139. Lusignani zitiert von Rotondi, Rivista italiana per le scienze giuridiche Vol. 51 (1912) p. 10 (La misura della responsabilità dell' actio fiduciae).

[5]) Berger, Teilungsklagen 131 ff.

[6]) De Medio, Bull. 18, 268. Salkowski bei Glück 49, 238. Pernice, Labeo II [2], 2, 218. Lenel, ZSSt. 38, 279.

[7]) Hasse, Culpa [2] S. 247. 272. 377. 530. Weitere Literatur bei Sander, Ein Beitrag zur Lehre von der diligentia quam suis, Erlanger Diss. 1898, S. 27 ff. Vgl. auch v. Mutzenbecher, Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto innerhalb obligatorischer Rechtsverhältnisse, Erl. Diss. 1896, S. 61 ff.

[8]) Strenggenommen kann er also in eignen Angelegenheiten überhaupt nicht sorgfältiger sein als in denen der Dos. Vgl. Salkowski bei Glück 49, 250. Aber die Dos ist zugleich Frauengut, Brinz, Pand. III §§ 474—476.

mildere Beurteilung als der Vindikationsbeklagte nach der Litis Contestatio oder der bösgläubige Besitzer. Kommt ein Einzelfall in Frage, so ist die Haftungsbeschränkung meist wertlos, weil man da aus der Handlungsweise des Haftpflichtigen selten zwingende Schlüsse ziehen kann. Man nehme den berühmten Fall, daß bei einer Feuersbrunst der Ehemann eigne Wertpapiere rettet, die der Frau verbrennen läßt. Damit wird noch lange nicht bewiesen, daß er nicht die Sorgfalt angewendet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet; er konnte in der Angst und Aufregung ergriffen haben, was sich ihm zuerst bot.[1]) Oder er hat eigne kostbare Gefäße und solche der Frau weggestellt. Dabei sind ihm die der Frau hingefallen und zerbrochen, die eignen nicht. Was soll sich daraus ergeben? Das gleiche gilt vom Verwahrer. Wir sehen denn auch aus D. 24, 3, 24, 5, daß in einem solchen Falle das Prinzip versagt. Ein Ehemann hat Dotalsklaven bei der Züchtigung zuschanden gehauen. Es hilft ihm zu seiner Entlastung nichts, daß er mit den eignen Sklaven nicht glimpflicher verfährt. Handelt es sich aber um die Verwaltung eines Vermögens oder einer Sache, eines Landgutes z. B. oder eines Hauses, so stellt die Beschränkung der Haftung auf diligentia quam suis dem Schuldner einen Freibrief für Nachlässigkeit und Schlamperei aus, ja sie setzt geradezu eine Belohnung darauf, während sie den Gewissenhaften mit Strafe für seine Sorgfalt bedroht.[2]) Ein solcher Gedanke ist selbst den Kompilatoren nicht zuzutrauen; er stände in Widerspruch mit manchem ihrer Aussprüche.[3])

---

[1]) Lenel, ZSSt. 38, 278 sagt, der Depositar, der bei einem Brande die eignen Sachen rette, die daneben liegenden fremden aber bewußt und absichtlich liegen lasse, begehe eine Gemeinheit. Gewiß! Darin wird ihm jeder zustimmen. Aber wer will dem Depositar Bewußtsein und Absicht nachweisen? Und gerade zur Erleichterung der Beweislast ist die diligentia quam suis erfunden. S. unten.

[2]) Das erkannte bereits Gensler, Exercitationes iuris civilis ad doctrinam de culpa, Jena 1813, p. 94 (vgl. Hasse a. a. O. S. 138), der in der diligentia quam suis ein privilegium favorabile sah. Vgl. auch Müller-Erzbach, Arch. f. ziv. Praxis 106, 316.

[3]) ignaviam praetendentes audiri non debere Pap. Dig. 31, 78, 2. ius civile vigilantibus scriptum est Scaev. Dig. 42, 8, 24. quia non opi-

Es ist also zu untersuchen, wie dieser Gedanke entstanden ist und welches sein eigentlicher Sinn war.

An verschiedenen Stellen der Quellen wird die diligentia, auch die custodia, näher erklärt als die Sorgfalt, die ein diligens pater familias in seinen Angelegenheiten anwendet.

Gai. Dig. 13, 6, 18 pr.:

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.

Call. Dig. 26, 7, 33 pr.:

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.

Paul. Dig. 13, 7, 14:

Ea, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Gai. Dig. 18, 1, 35, 4:

Talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet.

Es kommt hier nicht darauf an, ob die Stellen echt sind. In ihnen wird ein abstrakter Maßstab aufgestellt. Die Sorgfalt wird gemessen am Verhalten eines diligens (bonus) pater familias.[1]) Es wäre nun denkbar, daß man neben dem abstrakten Maßstab einen konkreten schuf, indem man von dem Haftpflichtigen diejenige Sorgfalt verlangte, die er **selbst** in seinen eignen Angelegenheiten anwandte. Indessen hat diese Entwicklung doch wenig Wahrscheinlichkeit. Denn während im zweiten Falle der ganze Ton auf dem suis rebus oder in suis rebus liegt, ist

nionem cuius et resupinam existimationem esse (prodesse ?) oporteat, ne melioris condicionis sint stulti quam periti Ven. Dig. 43, 24, 4. nec stultis solere succurri Severus und Caracalla bei Paul. Dig. 22, 6, 9, 5. non neglegentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis Paul. Dig. 4, 6, 16.

[1]) Vgl. auch Alf. Dig. 18, 6, 12: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare. Über den Begriff des diligens pater familias s. **Litten**, Mélanges Fitting S. 619 ff.

im ersten Falle das suis rebus selbstverständlich und daher überflüssig.[1]) Es ist auffällig genug, daß an drei der angeführten Stellen das suis voransteht; es müßte, wie das auch bei Call. Dig. 26, 7, 33 pr. geschehen ist, dem Substantivum nachgestellt sein. Daß es allemal, wo es sich um die konkrete Sorgfalt in eignen Angelegenheiten handelt, dem Substantivum vorangestellt ist (Ausnahme nur Ulp. Dig. 24, 3, 24, 5), ist dagegen ganz in der Ordnung. Es scheint also, als ob der Zusatz „suis rebus" bei der Bezeichnung der Sorgfalt des diligens pater familias auf bloßer Gedankenlosigkeit beruhe. Unter diesen Umständen kann die Wendung nicht als Ausgangspunkt für eine wichtige rechtsdogmatische Entwicklung dienen, und man wird sich nach einer anderen Erklärung umsehen müssen.

Am vernünftigsten ist der Gedanke, der uns beschäftigt, von Celsus Dig. 16, 3, 32 ausgedrückt:

nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Beim Depositum wurde nur für dolus gehaftet, d. h. der Depositar hatte bonam fidem zu prästieren. Hier kam nun sehr viel, wenn nicht alles auf die Auslegung an, um die richtigen Grenzen zu bestimmen. Da war es durchaus vernünftig zu sagen, die gute Treue verlange, daß der Verwahrer auf die fremde Sache mindestens ebensoviel Sorgfalt verwende, wie auf die eignen. Damit war dem Richter im Einzelfall ein brauchbarer Fingerzeig für die Beurteilung gegeben.[2]) Der Gedanke des Celsus würde noch klarer hervortreten, wenn wir statt is lesen würden: alienis, wie ich schon früher vorgeschlagen habe. Das quam

---

[1]) Es ist daher auch an allen oben angeführten Stellen für interpoliert erklärt worden, Eisele, ZSSt. 13, 128; De Medio, Bull. 20, 167. 176; Segrè, Studi Fadda 28; Seckel (Heumann) s. v. custodia. S. dagegen die Ansichten der Früheren bei Hasse, Culpa S. 70. 93; Fr. Mommsen, Beiträge III 362.

[2]) Vgl. auch die Auslegung der Stelle von Salkowski bei Glück, 49, 250. Ferner Koschaker, Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, 1917, S. 31 ff. 59 ff. Wenger, Krit. Vierteljahrsschr. 3. Folge, Bd. XVIII S. 12. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts III³ 294. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts (1853) S. 217. 219 ff.

ist aber in dem Satz des Celsus, was wohl zu beachten ist, Komparativkonjunktion. Dagegen ist es an den übrigen Stellen, an denen die Sorgfalt in eignen Angelegenheiten erwähnt wird, Objektsakkusativ. Die Wendung erhält dadurch einen ganz andern Sinn. Beim Celsus haben wir eine Auslegungsregel zur bona fides. An den übrigen Stellen tritt ein neuer Rechtsbegriff, ein Grad der diligentia in die Erscheinung. Er mag aus der oberflächlich gelesenen Stelle des Celsus entwickelt sein, aber schwerlich von Gajus, unter dessen Namen er zuerst auftaucht, Dig. 17, 2, 72:

> sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet.

Anstoß erregt bei Gajus[1]) das nachgestellte etenim, und unerträglich ist das subjektlose adhibere solet. Der Satz rührt also von den Kompilatoren her, hier wie an den übrigen Stellen, an denen er begegnet. Sein Grund aber dürfte in folgendem liegen. Bei einer Reihe von Kontrakten wurde nur für dolus gehaftet, und diesen hatte der Kläger zu beweisen. Das ist aber in den meisten Fällen unmöglich, und so mußte der Kläger an der Beweisnot scheitern. Um ihm zu helfen, wurde der Satz aufgestellt: culpa lata dolo comparatur. Er diente, wie De Medio überzeugend dargetan hat[2]), der Erleichterung des Beweises. Grobe Fahrlässigkeit läßt sich in der Tat viel leichter nachweisen als Vorsatz oder gar Absicht. Das Gegenstück dazu ist die diligentia quam suis. Wo für culpa omnis zu haften ist, entlastet sich der Beklagte durch den Nachweis, daß er es an Sorgfalt nicht habe fehlen lassen. Dieser Nachweis ist, wenn einmal ein Schaden eingetreten ist, gewöhnlich nicht weniger schwer, als im umgekehrten Falle der Beweis des Vorsatzes. Denn Sorgfalt ist ein sehr dehnbarer Begriff. Auch hier wollte man helfen. Der Beweis der Schuld-

---

[1]) Ich stimme Beseler durchaus nicht zu, wenn er Beitr. II 37 behauptet: „Das nachgestellte etenim ist wahrscheinlich immer unklassisch." Es scheint vielmehr typisch für Papinian zu sein. Dig. 10, 2, 35 = vat. 258 wird durch die Doppelüberlieferung stark gesichert. Übersehen hat Beseler vat. 256.

[2]) Bull. 17, 10. Glosse zu Dig. 16, 3, 32. Stellen der Postglossatoren bei Binding, Normen II ^{2}, 2, 719 n. 13. Cuiac. Opp. V 136 B. C.

losigkeit konnte dadurch erbracht werden, daß der auf Schadenersatz oder Erfüllung in Anspruch Genommene nachwies, er habe auf die fremde Angelegenheit die gleiche Sorgfalt verwendet wie auf die eigene oder er pflege in eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger zu verfahren. Daß das zu sehr bedenklichen Folgen führt, haben wir oben bemerkt. Es ist durchaus unangebracht, demjenigen, der fremdes Gut zu bewahren oder zu verwalten hat, daraus einen Entschuldigungsgrund zu gewähren, daß er ein unordentlicher, liederlicher, nachlässiger Mensch ist. Mag er mit seinen eignen Sachen verfahren, wie er will; fremden gegenüber, die ihm anvertraut sind, hat er sich zusammenzunehmen. Das erfordert, wie Celsus ganz richtig sagt, die Fides. Daher ist diese Milderung der Verantwortlichkeit nicht nur verwerflich, sie ist auch unpraktisch, wie selbst Lenel[1]), der für die Brauchbarkeit des Prinzips eintritt, zugibt. Denn in den meisten Fällen wird sich der Mangel an Sorgfalt als culpa lata herausstellen, für die der in Anspruch Genommene doch einstehen muß (BGB. § 277), und es ist dann für die Beweiserhebung ganz gleichgültig, wie der Ersatzpflichtige in eignen Angelegenheiten verfährt. Das zeigt recht deutlich der Fall in Seufferts Archiv 11, 253 (OAG. Celle vom 1. Juli 1835). Ein Vormund hatte Mündelgeld ausgeliehen, ohne sich hypothekarische Sicherheit geben zu lassen; demselben Schuldner hatte er eignes Geld gegen Hypothek geliehen. Als der Schuldner in Konkurs fiel, ging das Mündelgeld verloren, während der Vormund das seinige behielt. Es kam hier gar nicht darauf an, ob der Vormund für eignes Darlehn Hypothek empfangen hatte. Es war auf alle Fälle grobe Fahrlässigkeit, daß er Mündelgeld ohne Hypothek auslieh, wie auch in der Entscheidung gesagt ist.

Wir können die diligentia quam suis als eine ungeschickte Erfindung der Kompilatoren bei unsern weiteren Untersuchungen beiseite lassen. Sie dient nur dazu, das klare Gebilde der klassischen Juristen zu verdunkeln.[2])

---

[1]) ZSSt. 38, 290.

[2]) Binding, Normen II [2], 2, 724 n. 25 zeiht mich des Interpolationsradikalismus. Die wirklich Radikalen werden mich wohl zu den

Lassen wir sie beiseite, so erhalten wir für das klassische Recht die Haftung des Ehemanns für culpa mit der Begründung, daß an dem Geschäfte beide Teile Interesse haben. Zweimal ist in den Quellen die dos in dieser Beziehung mit der fiducia zusammengestellt, bei Gaius Dig. 13, 6, 18 pr. und bei Modestin coll. 10, 2, 2. Die Gleichheit der Interessenlage bezieht sich nur auf die Pfandfiducia. Rotondi[1]) hat den Nachweis zu erbringen gesucht, daß der Fiduziar bis auf Ulpians Zeit nur für dolus gehaftet habe. Obgleich ich zugebe, daß von den drei Stellen, an denen seine Culpahaftung bezeugt ist (Ulp. Dig. 13, 7, 22, 4, Paul. Dig. 13, 7, 25, Mod. coll. 10, 2, 2), die beiden ersten interpolationsverdächtig sind, und auch die beiden andern Stellen, auf die man sich noch beruft (Ulp. Dig. 13, 6, 5, 2, Pap. Dig. 13, 7, 22 pr.) nicht voll beweiskräftig sind, so verleiht doch die Stelle des Modestin aus der Collatio der herrschenden Lehre eine starke Stütze. Denn Modestin hat die Culpahaftung des Fiduziars sicherlich nicht erfunden. Nachdem einmal dies Utilitätsprinzip aufgestellt war und Anerkennung gefunden hatte, konnte auch gar nicht anders entschieden werden. Daß die angeführten Stellen interpoliert sind, darf uns nicht irremachen. Alle Stellen, an denen die Klassiker von der fiducia gehandelt hatten, sind ja von den Kompilatoren überarbeitet. Im übrigen hat man mit Unrecht bestritten, daß die Haftungsfrage bei der Pfandfiducia anders zu entscheiden war als bei der Freundschaftsfiducia.[2]) Das hatte Heck[3]) richtig erkannt.

verhärtetsten Reaktionären rechnen. Aber selten sind die Interpolationen so deutlich nachweisbar wie bei der Culpalehre. Unterdessen hat Lenel in der Frage das Wort ergriffen und mich besser gegen Binding verteidigt, als ich es selber könnte. Binding sagt: „Gewiß gibt es keine Grade der echten culpa, damit ist aber die lata culpa nicht aus der Welt geschafft." Das zu bewirken ginge allerdings über meine Kräfte, habe ich aber auch nie beabsichtigt. Ich — oder vielmehr De Medio — hat nur versucht, die lata culpa oder vielmehr ihre Gleichstellung mit dem dolus als Erfindung der Byzantiner nachzuweisen.

[1]) La misura della responsabilità dell' actio fiduciae, Rivista Italiana per le Scienze giuridiche Vol. 51, 1915).

[2]) Pernice, Labeo III 139, 2, dem Rotondi S. 10 des S.-A. und Gino Segré, studi Fadda p. 27, zustimmen.

[3]) ZSSt. 10, 126. Versehentlich habe ich ZSSt. 38, 92 Göppert

Aber freilich wird in der Zeit, in welcher das Utilitätsprinzip zur Herrschaft gelangte, die Freundschaftsfiducia keine Rolle mehr gespielt haben.[1]) Sie wurde durch die actio depositi verdrängt.

II. Vormundschaft.

Der Vormund haftete ursprünglich nur für dolus. Bei der actio de rationibus distrahendis, die auf die Zwölf Tafeln zurückgeführt wird, wird es nie anders gewesen sein. Auch die actio tutelae wird daran zunächst nichts geändert haben. Sie gehört zu den iudicia bonae fidei; in der Formel standen die Worte: quidquid ob eam rem N^m^ N^m^ A° A° dare facere oportet ex fide bona.[2]) Das bedeutet Haftung für dolus. Erst allmählich wurde sie geschärft auf culpa. Mitteis[3]) glaubt, daß das erst in der Zeit der Severe geschehen sei. Er hat zahlreiche Zustimmung, aber auch viel Widerspruch gefunden.[4]) Auch hier ist die Stelle des Modestin coll. 10, 2, 3, in welcher die Culpahaftung des Tutors besonders hervorgehoben wird (quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administrātione versetur), ein nicht zu entkräftender Beleg für das Alter dieser strengeren Haftung. Denn die Worte Modestins sehen nicht so aus, als sei die Culpahaftung allerjüngsten Datums, wie Mitteis annimmt. Sie sprechen

---

als Vertreter dieser Ansicht angeführt. Göppert referiert (ZSSt. 13, 344) die Ansicht Hecks; ob er sich dazu bekennt, ist nicht ersichtlich.

[1]) Abgesehen von der Freilassungsfiduzia. Hier kann der Fiduziar nach dem Utilitätsprinzip nur für dolus gehaftet haben. Eine eingehende Behandlung der Frage würde mich zu weit von meinem Thema abführen.

[2]) Lenel, Edikt [2] 308. [3]) Privatrecht I 327 n. 42.

[4]) Für Mitteis: Peters, ZSSt. 32, 263; Partsch, Neg. gestio I 43 n. 2 a. E., 64; Rotondi, Bull. 25, 43; Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore p. 5 n. 4; La misura della responsabilità dell' actio fiduciae p. 21. Gegen ihn habe ich mich ausgesprochen Festg. f. v. Gierke, S.-A. 14ff.; ferner F. Schulz, ZSSt. 32, 32; Girard, Manuel [5] 655 n. 4; Solazzi, Minore età 260 n. 4; Rabel, RPR. 468. 478 n. 4; Ernst Levy, Privatstrafe und Schadensersatz S. 50 und ZSSt. 37, 75. Levy scheint mir durch richtige Interpretation von Paul. Dig. 47, 2, 54, 3 die Sache erledigt zu haben.

vielmehr von ihr wie von einer längst eingebürgerten, allbekannten Einrichtung. Für die Culpahaftung des Tutors spricht ferner der Umstand, daß mehrfach ausdrücklich betont wird, der Erbe des Vormunds hafte nur für dolus, nicht auch für culpa (C. 5, 54, 1; Papinian D. 26, 7, 39, 6; Ulpian Dig. 27, 8, 4). Diesen Satz hat kürzlich Rotondi (Bull. 25, 43 ff.) als byzantinische Lehre zu erweisen gesucht. Das ergab sich für ihn eigentlich schon von selbst daraus, daß er den Vormund selbst in klassischer Zeit nur für dolus haften läßt. Für den, der das nicht zugibt, ist der Beweis der Unechtheit jener drei Stellen zu erbringen, und dieser Mühe hat sich auch Rotondi unterzogen. Nun ist zuzugeben, daß, wie schon De Medio[1]) gezeigt hat, Cod. 5, 54, 1 und Dig. 27, 8, 4 interpoliert sind. Damit ist aber noch keineswegs bewiesen, daß der fragliche Satz, der die Beschränkung der Haftung des Erben ausspricht, byzantinisch ist. Es soll hier nicht die Untersuchung über die unendlich viel behandelte[2]) Const. 1 Cod. 5, 54 wieder angesponnen werden. Ist doch nicht einmal klar ersichtlich, ob es sich in dieser Konstitution um die Fahrlässigkeit (beziehungsweise den Vorsatz) des Erben oder des Vormunds handelt, obgleich wohl das erstere anzunehmen ist. Dagegen kann Dig. 27, 8, 4 leicht erledigt werden. Es heißt da:

> Non similiter tenentur heredes magistratuum. ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur. nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

Mit Recht erklärte De Medio (a. a. O.) den letzten Satz für interpoliert.[3]) Wenn jetzt Rotondi mit Mitteis[4])

---

[1]) Bull. 18, 270.

[2]) S. darüber den Anhang I in Hasses Culpa S. 454—467 der zweiten Auflage; Glück 30, 275—297. Gegen Rotondi bemerke ich, daß die Bereicherung des Vormundes oder seines Erben nicht notwendig durch dolus begründet sein muß. Zur Interpolation der Stelle s. noch P. Krüger, Festg. f. Güterbock 240; Lenel ZSSt. 38, 270.

[3]) Ebenso Lenel, ZSSt. 38, 271. Vielleicht ist nur die zweite Hälfte umgestaltet. Vgl. das Fragm. 12 der von Lenel entdeckten

auch den zweiten Satz, an dessen Beseitigung ihm natürlich dringend gelegen ist, verdächtigt, so kann er dafür keinen andern Grund beibringen, als daß eben die Befreiung des Erben von der Haftung für Fahrlässigkeit des Vormundes byzantinische Lehre ist. Aber gerade das soll erst bewiesen werden. Der Beweis scheitert jedoch an Papinian Dig. 26, 7, 39, 6:

> Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

Rotondi erklärt den letzten Satz für interpoliert, ohne jeden Grund. Der Satz trägt das Gepräge papinianischen Stiles. Daß levis culpa hier untechnisch gebraucht ist („dem Vormunde fällt eine schwere Schuld zur Last"), sah schon Cuiacius.[1]) Detrectare ist ein Wort, das Justinian nie gebraucht, wohl aber Papinian (detrectare libertatem Dig. 40, 5, 22, 2; vgl. detrectare munus militiae Men. Dig. 49, 16, 4, 10; onera civilia Ulp. Dig. 27, 10, 6). Auch auctoritas iuris ist ein Ausdruck, der öfters bei Papinian begegnet: Dig. 40, 7, 36; 50, 1, 15 pr. als echt gesichert durch das Zitat des Marcian Dig. 48, 16, 1, 4; vat. 294, 2. Das von Marcian Dig. 30, 112, 4 zitierte Reskript der Kaiser Severus und Caracalla, in welchem sich die Wendung contra auctoritatem iuris wiederfindet, könnte auch aus der Feder Papinians geflossen sein.

Kennt also Papinian schon die Haftungserleichterung des Erben des Vormundes[2]), so bestand schon vor seiner Zeit, und vielleicht schon lange vorher, die Haftung des

---

Bruchstücke aus Ulpians Disputationen, das schon De Medio herangezogen hat. Für die Echtheit des ganzen Satzes tritt Levy, Privatstrafe S. 44 n. 6 ein. Aber succedaneus? Vgl. Dig. 26, 7, 3, 8.

[4]) Privatr. I 328 n. 42.

[1]) Opp. IV 1016. Ebenso Pernice, Labeo II[1] 413. De Medio, l. c.; Lenel, ZSSt. 38, 282. Anders Binding, Normen II[2], 2, 748. Lenel bezweifelt übrigens die Echtheit des Schlußsatzes, verwirft ihn aber doch nicht schlechthin.

[2]) Ihre Begründung wird von Hasse, Culpa § 75 S. 276ff. zutreffend und einleuchtend gegeben. Vgl. Glück 30, 298ff.

Vormundes für culpa. Da nun in der Regel der Vormund an der Verwaltung des Mündelvermögens kein Interesse und keinen Nutzen davon (ausgenommen höchstens die tutores legitimi) hat, so wurde hier das Utilitätsprinzip durchbrochen. Das wäre erklärlich, wenn die Schärfung der Haftung des Vormundes vor der Aufstellung des Utilitätsprinzips eingeführt worden wäre, also etwa im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, während das Utilitätsprinzip zur Zeit Julians oder durch diesen direkt zur Herrschaft gelangt wäre. Doch das läßt sich nicht erweisen. Maßgebend dafür, daß man vom Vormunde Sorgfalt in der Verwaltung des Mündelvermögens verlangte, war das Interesse des Mündels; fahrlässige Unterlassungen konnten hier unersetzlichen Schaden stiften. Eine geschärfte Haftung der Vormünder durfte um so berechtigter erscheinen, als man die Vormundschaft begann als eine Amtspflicht, als ein officium mandatum, ein munus zu betrachten.[1]) Bedeutungsvoll dürfte dafür die Einführung der satisdatio rem pupilli salvam fore gewesen sein, die gewöhnlich in die Zeit des Kaisers Claudius gesetzt wird.[2]) Streitig ist, ob der Prätor in seinem Edikt die Kategorie der Vormünder genannt hatte, denen die Satisdatio aufzuerlegen sei. Lenel hat das bestritten.[3]) Bekanntlich wurde die Satisdatio den

---

[1]) Hartmann, Die Obligatio 142; Levy, Privatstrafe 50; Dig. 50 4, 1, 4; cod. 18, 1.

[2]) Schrader zu Inst. I 20, 3 p. 1206; Pernice, Labeo I 446; Wlassak, Zur Gesch. der neg. gestio S. 109 N. 16; Voigt, Röm. Rechtsgesch. II 601 n. 70; Girard, Manuel [5] 220; Kniep, Kommentar zu Gai. I 313; Rotondi, Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore, Pavia 1912 p. 6; Solazzi, Tutele e curatele p. 22. In republikanische Zeit setzten sie Rudorff, Vormundsch. § 106, 1; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1187. 1188; Weymüller, Contribution à l'histoire de l'a. tutelae, Paris-Nancy 1901; Renard, Les origines de l' actio tutelae, Nouv. Rev. hist. 1901, 634; Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien, 1913, 24ff. Sehr zutreffend, wie uns scheint, bemerkt Costa, Storia del diritto Romano privato I p. 111 n. 4 gegen Weymüller und Renard: La satisdatio non può essere molto antica; poichè essa non potè sorgere che in un momento, nel quale la trasformazione della tutela ad ufficio protettivo d' incapaci ed il controllo sovr' esso della potestà pubblica si furon fissati sicuramente.

[3]) Edikt [2] 214. Ihm stimmt Kniep zu, a. a. O. 313.

tutores testamentarii und den von früheren Magistraten ex inquisitione bestellten Vormündern erlassen. Taubenschlag[1]) hat behauptet, daß sie im Edikt zuerst den tutores Atiliani auferlegt worden sei, welche sine inquisitione bestellt wurden. Die Jurisprudenz habe sie auf die tutores legitimi ausgedehnt, dagegen für die testamentarischen Vormünder abgelehnt. Karlowa dagegen nimmt an, daß der Prätor im Edikt die testamentarisch bestellten Vormünder ausgenommen habe von der Satisdationspflicht, die sich ursprünglich auf tutores legitimi und dativi erstreckt hätte.[2]) Mir scheint weder das eine noch das andere richtig. Vielmehr halte ich Lenels Ansicht, wonach das Edikt keine Bestimmungen über die Kategorie der satisdationspflichtigen Vormünder enthielt, für zutreffend.[3])

Die Satisdation verschaffte dem Mündel den Vorteil, daß ihm für den Bestand seines Vermögens außer dem Vormunde noch Bürgen hafteten. Er hatte gegen den Vormund außer der actio tutelae dann noch eine actio ex stipulatu. Jene war bonae fidei, diese stricti iuris, schloß also die Kompensation aus. Der Mündel bedurfte zum Abschluß der Stipulation nicht der auctoritas des Vormundes, da er sich durch dieselbe lediglich berechtigte. Aber schloß er die Stipulation ohne auctoritas des Vormundes ab, so konnte er die Forderung aus der actio tutelae nicht novieren; denn zur Novation bedurfte er des Beistandes des Vormundes.[4]) Bestätigte er jedoch nach erreichter Mündigkeit die Stipulation, so novierte er die Forderung aus der actio tutelae. Beide Klagen, die actio tutelae und die actio ex stipulatu, standen in kumulativer

---

[1]) A. a. O. S. 3.

[2]) Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1188.

[3]) Edikt [2] 306. Lenels Gründe, die ich hier nicht wiederholen will, sind weder von Taubenschlag noch von Karlowa widerlegt. Gegen Taubenschlag habe ich mich schon Krit. Vierteljahrsschrift 3. Folge, Bd. XVI S. 10ff. ausgesprochen; ebenso Bruck, ZSSt. 34, 446; Siro Solazzi, Tutele e curatele, Estratto della Rivista Italiana di Scienze giuridiche, 1914, p. 6; 19. Bertolini, Bull. 25, 265 beschränkt sich auf ein Referat, ohne Stellung zu nehmen.

[4]) Dig. 46, 2, 20, 1; 46, 3, 15. Windscheid-Kipp, Pandekten II § 354 n. 16.

Konkurrenz; eine wurde durch die andere nicht konsumiert. Das ist der Sinn der schwierigen l. 9 pr. Dig. 46, 2:

Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa, tollitur tutelae actio. Si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem; sed iudex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret.[1])

Der Wortlaut der Satisdatio ist uns nicht überliefert. Er wird von Lenel (Edikt[2] 516) in folgender Weise rekonstruiert:

Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id rem meam salvam fore spondesne? spondeo.

Bedenken erregen hierbei die Worte „ex fide bona". Es ist sehr bestritten, ob durch diesen Zusatz ein bonae fidei iudicium entstand. Savigny (System V 496) hat das behauptet, Huschke (Gaius 231), Walter (Röm. Rechtsgesch. § 216 n. 65), Rudorff (Röm. Rechtsgesch. II § 42 n. 27), Karlowa (Röm. Rechtsgesch. II 711) haben es geleugnet. Bethmann-Hollweg (Zivilprozeß II 270) nimmt eine ähnliche Wirkung bei gegenseitigen Stipulationen an, welche die clausula doli enthielten. Ob die Stipulatio rem pupilli salvam fore diese Klausel (de dolo) enthielt, läßt Lenel unentschieden, Bethmann-Hollweg behauptet sehr bestimmt, daß es nicht der Fall gewesen sei, weil diese Stipulation „den ganzen Inhalt der actio tutelae,

[1]) Vgl. über diese Stelle: Rudorff, Recht d. Vormundschaft III 148; Salkowski, Novation 214ff.; Eisele, Arch. f. ziv. Praxis 79, 383ff.; v. Salpius, Novation 244; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1189; Levy, Sponsio 34 n. 10; Rotondi, Appunti sulla stipul. r. p. s. f. 19sq. Levy hält 'sine tutoris auctoritate' und 'novandi causa' für interpoliert. Ich glaube, daß beide Satzteile echt sein können, auch der zweite, bei dem allein übrigens von P. Krüger in der Digestenausgabe Levys Interpolationsverdacht verzeichnet wird. Rotondi gibt zu erwägen, ob nicht vielleicht 'licet tutelae egisset' und 'tamen' interpoliert seien. Mir ist auch der letzte Satz von 'sed iudex' an nicht ganz unverdächtig. Denn ich bezweifele, der herrschenden Lehre zuwider, daß durch die actio ex stipulatu im klassischen Rechte die actio tutelae nicht konsumiert wurde. Es scheint mir doch eadem res und eadem quaestio vorzuliegen.

also auch die bona fides umfaßte, wie jede auf eine bonae fidei-Obligation gegründete Stipulation" (a. a. O. n. 60). Huschke, der, wie gesagt, dafür eintrat, daß die actio ex stipulatu nie eine actio b. f. im eigentlichen Sinne war, sondern daß bei ihr immer die Stipulationsform Grund und Klage der Verpflichtung war, nahm doch an, daß die Intentio der actio ex stip. die Worte ex fide bona enthielt, wenn diese in die Stipulation aufgenommen waren. Dagegen haben sich mit Recht Bethmann-Hollweg und Karlowa ausgesprochen. Aber darin sind sich doch schließlich alle einig, daß eine Klage aus einer Stipulation mit der Wendung ex fide bona oder mit der clausula de dolo, wenn sie auch formal eine Klage stricti iuris (oder iudicii) blieb, doch ihrer Wirkung und ihrem Wesen nach auf eine actio bonae fidei herauskam.[1]) Ob das aber die Absicht war, als man den Satisdationszwang der Vormünder einführte, ist doch mehr als zweifelhaft. Schwerlich hat man wohl diese Einrichtung getroffen, um die Haftung der Vormünder zu erleichtern, denn darauf wäre es ja hinausgekommen, sondern eher um sie zu schärfen, jedenfalls um die Sicherheit des Mündels zu erhöhen. Wir befinden uns hier auf sehr unsicherem Boden und sind auf Vermutungen angewiesen. Um so eher sollten wir uns streng an das überlieferte Tatsachenmaterial halten. Wenn Lenel sagt: „Ob die clausula doli hinzutrat, wissen wir nicht; vielleicht hielt man sie wegen des ex fide bona für überflüssig", so stützt er eine Vermutung auf die andere. Denn ob die Stipulationsformel die Worte „ex fide bona" enthielt, wissen wir ebensowenig. Sie waren zum mindesten überflüssig, da die Kaution ohnehin den ganzen Inhalt der Ansprüche, die dem Mündel aus der Vormundschaftsführung zustanden, umfaßte, außerdem aber möglicherweise schädlich, da sie dem Vormunde ein Mittel in die Hand gaben, um sich der Haftung für Fahrlässigkeit zu entziehen.[2]) Unter diesen Umständen

---

[1]) Vgl. noch Bertolini, Appunti didattici I 104 und Processo civile II 46.

[2]) Denn die Diligentia ist in der fides nicht enthalten, wie Pernice, Labeo II[2], 2, 187 behauptet. Die von ihm in dankenswerter Weise gesammelten Stellen beweisen gerade das Gegenteil.

halte ich die Rekonstruktion der Formel, die Karlowa versucht hat[1]), für besser als die Lenelsche:

Quod tu tutelam meam gesseris, eo nomine (oder ob id) rem meam salvam fore spondesne? spondeo.[2])

Damit war dem Mündel Ersatz jeden Vermögensschadens gesichert, mochte er durch vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden des Vormundes verursacht sein. Man könnte dagegen höchstens einwenden, daß auf Grund dieser Formel der Mündel auch Ersatz für zufälligen Schaden hätte verlangen können. Doch gegen so weitgehende Ansprüche schützte den Vormund die Demonstratio: quod tu tutelam meam gesseris; nur durch die Vormundschaftsführung verursachter Schade konnte geltend gemacht werden.

Man führt zwei Fälle an, in denen der actio ex stipulatu die Natur der actio bonae fidei verliehen wurde, die Klage des durch Einsturz des Nachbarhauses und ähnliche Unfälle Geschädigten gegen den Eigentümer des schadenverursachenden Bauwerkes, der repromissio oder satisdatio geweigert hatte, nach dem 20. Kapitel der lex Rubria und die actio de dote Justinians (Cod. 5, 13, 1)[3]), und auf diese Fälle könnte sich berufen, wer an der Einfügung der Worte ex fide bona in die Formel der Stipulatio rem pupilli salvam fore festhält. Aber sie liegen sehr verschieden. In der lex Rubria wird keine actio ex stipulatu gewährt, sondern eine Klage, die den Abschluß einer Stipulation fingiert und die von Burckhardt[4]) actio in factum genannt wird, während sie Bethmann-Hollweg[5]) zu den Actiones utiles rechnet. Justinian dagegen gewährt der Ehefrau eine wirkliche actio ex stipulatu, obwohl keine Stipulation geschlossen ist, und da der Gesetzgeber niemals befehlen kann, daß Tatsachen eingetreten sind, die in Wahrheit nicht geschehen

---

[1]) Röm. Rechtsgesch. II 1188. Diese Formel genügt, um die Haftung für casus auszuschließen. Vgl. Partsch, ZSSt. 29, 408.

[2]) Andere Vorschläge bei Rotondi S. 22.

[3]) Die beiden zeitlich so weit auseinanderliegenden Gesetze stellt Savigny, System V 495 zusammen.

[4]) Bei Glück, Serie der Bücher 39. 40, Teil II S. 587. 592.

[5]) Zivilprozeß II 308 ff.

sind, sondern nur Rechtsfolgen an fingierte Tatbestände knüpfen kann, so muß man sich den Gedanken Justinians so zurechtlegen, daß er in der Bestellung einer Dos den Abschluß einer Stipulation sieht. Es wird der dahingehende Wille des Bestellers der Dos präsumiert und die Ausführung des Willens in der Bestellung der Dos als einer schlüssigen Handlung erblickt.[1]) In der lex Rubria dagegen wird nicht der Abschluß einer Stipulation oder auch nur eine dahingehende Absicht angenommen, sondern im Gegenteil der Ersatzpflichtige, der den Abschluß der Stipulation geweigert hat, so behandelt, als hätte er die Stipulation abgeschlossen. Die actio de dote Justinians soll also eine wirkliche actio ex stipulatu, keine actio utilis, auch keine actio quasi ex stipulatu sein, und wir haben uns damit abzufinden, so sehr sich auch die Logik dagegen sträubt. Dieser actio ex stipulatu nun legt der Kaiser den Charakter eines iudicium bonae fidei bei, aber er hebt dabei hervor, daß dies eine Singularität, ein völliges Novum sei, § 2:

> Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodatur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei iudicium. Vgl. Inst. 4, 6, 29.

Wenn der Kaiser die Neuerung so stark betont, wo doch für sein Recht und seine Prozeßordnung der Unterschied der iudicia bonae fidei und stricti iuris nur noch geringe Bedeutung hatte, so zeigt das, daß eine alte bis auf seine Zeit reichende Tradition an der Unvereinbarkeit der actio ex stipulatu mit der Natur der iudicia b. f. festhielt.

So glauben wir annehmen zu dürfen, daß die dem Vormunde aufgezwungene Satisdationspflicht neben andern Zwecken auch dem diente, dem Mündel eine strenge Klage neben der actio tutelae zu verschaffen.[2]) Schärfte man aber

---

[1]) Cod. 5, 13, 1, 2: sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.

[2]) Ob er ohnehin neben der actio tutelae eine Condictio hatte, läßt sich nur im ganzen Zusammenhange mit der Frage entscheiden, ob stets neben einer actio b. f. eine actio certae creditae pecuniae zu-

bei der actio ex stipulatu die Haftpflicht des Vormundes bis zum Einstehen für Fahrlässigkeit, so mußte das auf die actio tutelae zurückwirken. Ein Mündel, dem Sicherheit geleistet war, wird wohl, falls sein Vermögen geschädigt worden war, stets die actio ex stipulatu gewählt haben. Man hatte dann aber keinen Grund mehr, die Vormünder, die von der Satisdationspflicht befreit waren, also namentlich die tutores testamentarii, bei der actio tutelae milder zu behandeln. So drang auch hier die Culpahaftung durch.

III. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wie die Vormundschaft, so wird auch die Geschäftsführung ohne Auftrag von Justinian zu den Obligationes quasi ex contractu gerechnet. Die actio negotiorum gestorum ist wie die actio tutelae ein iudicium bonae fidei, aber nicht infamierend. Sie steht im Katalog der iudicia bonae fidei des Gajus, Inst. IV 62, so daß sich weitere Quellennachweise erübrigen.[1]) Der unbeauftragte Geschäftsführer haftet regelmäßig für dolus und culpa, Paul. Sent. 1, 4, 3:

Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam[2]) diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet.

Dig. 3, 5, 10 (11), Pomp. l. 21 ad Q. Mucium:

Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes.

Der Satz gilt allgemein als den libri iuris civilis des Q. Mucius Scaevola entstammend, Pernice, Labeo I 494.

---

lässig war. Aber dies würde mich weit abführen. Auch auf das Verhältnis der actio tutelae zur actio de rationibus distrahendis kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Pernice, Labeo I 440. Levy, Konkurrenz I 143 ff.

[1]) Paul. sent. 1, 4, 3. Dig. 3, 5, 6; 37. 17, 2, 38 pr. 22, 1, 37. 44, 7, 5 pr. Cod. 2, 4, 3. 2, 18, 18.

[2]) exactam ist vielleicht westgotischer Zusatz; vgl. die Ausgabe von Seckel-Kübler. Für die gelegentlich geäußerte Ansicht (Beseler, Beiträge I 99; II 69; III 6), daß die Sentenzen des Paulus eine apokryphe Sammlung aus dessen Werken seien, die jetzt als Tatsache vorgebracht zu werden pflegt, warten wir erst den Beweis ab. Literaturangaben bei Ebrard, Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam p. 24 n. 89 und Grundsätze der modernen Interpolationenforschung, Zeitschr. f. vgl. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 21 des S.-A. (Dort ist für Neumeyer zu lesen Niedermeyer.) Pampaloni, Bull. 20, 215.

II², 2, 196 n. 4. Bremer Jurisprudentia Antehadriana I 1, 112. Bertolini, Appunti didattici 1086.

D. 3, 5, 31 (32) pr., Papinian. l. 3 resp.:

negotiorum gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum.

Die Interpolationen der Stelle (Eisele, ZSSt. 30, 103) interessieren hier nicht.

D. 50, 17, 23, Ulp. l. 29 ad Sab.:

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam .... dolum et culpam: ... dotis datio, tutelae, negotia gesta: [in his quidem et diligentiam].[1])

Cod. 4, 32, 24 (a. 294):

Si mater tua maior annis constituta negotia quae ad te pertinent gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.

Cod. 2, 18, 20 (a. 294):

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem muneris necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit ac satis abunde sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae [nec tutor nec curator constitutus] ultro quis administravit, cum [non tantum] dolum et [latam] culpam[, sed et levem] praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere.[2])

Cod. 2, 18, 22 (a. 294):

Negotium gerentes alienum [non interveniente speciali pacto][3]) casum fortuitum praestare non compelluntur.

---

[1]) Festg. f. v. Gierke II 238. 274 (S.-A. S. 2. 38).

[2]) Lenel, ZSSt. 38, 268 geht in der Annahme von Interpolationen noch weiter.

[3]) Bei auftragloser Geschäftsführung ist ein Paktum undenkbar. Zahlreiche Erklärungsversuche bei Glück V 306. Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum gestio 151 bezieht die Stelle auf den weiteren Begriff der N. g., d. h. die beauftragte N. g. des Kurator, Protutor usw. Die Interpolation erkannte schon Albertario, Bull. 25, 32. Zustim-

Inst. 3, 27 (28), 1:

Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum: ita et iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Also von Q. Mucius bis auf Justinian ist die Culpahaftung des Negotiorum gestor bezeugt. Sie kann in gewissen Fällen geschärft, in andern gemildert werden. Sie wird geschärft bis zum Casus, wenn dies ausgemacht ist [1]) oder wenn jemand fremde Geschäfte gegen Verbot des Geschäftsherrn führt oder wenn er das Geschäft in eigennütziger, gewinnsüchtiger Absicht geführt hat oder wenn er ein neues Geschäft anfängt, D. 3, 5, 7, 3; Ulp. l. 11 ad edict.:

Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? . . . et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat.

Dig. 3, 5, 5, 5 (6, 3), Ulp. l. 10 ad ed.:

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.[2])

---

mend Partsch, Neg. gest. 16, 1. Ob die specialis pactio Dig. 47, 2, 67 (66) pr. echt ist?

[1]) Cod. 2, 18 (19), 22; doch siehe die vorige Anmerkung.

[2]) Den Satz sed nihilo — actione hält Pampaloni, Bull. 20, 222 n. 6 für interpoliert. Den Satz si circa res meas aliquid impenderit ver-

Diese beiden Stellen handeln von der actio neg. gest. contraria. Da die auftragslose Geschäftsführung ein gegenseitiges Rechtsverhältnis begründet, aus dem beiderseitige Verpflichtungen entspringen, so haftet auch der, dessen Geschäfte besorgt sind, dem Geschäftsführer auf Ersatz seiner Verwendungen und seines Schadens. Dabei haftet er, wenn der Gegner für culpa einsteht, in gleicher Höhe. Wird er nun, wie in der ersten Stelle, von jedem Schaden befreit, so läuft das darauf hinaus, daß der Geschäftsführer allen Schaden allein trägt. Es ist hier also eigentlich nicht von der Haftung des Geschäftsführers die Rede; immerhin konnten die beiden Stellen hier angeführt werden, da unsere Untersuchung doch letzten Endes darauf hinausläuft, zu zeigen, wie die Schadenslast auf die Parteien zu verteilen ist. In der zweiten Stelle soll der Geschäftsherr dem Geschäftsführer die Bereicherung herausgeben. Aber der Gedanke gehört, wie Riccobono überzeugend dargetan hat (siehe die Anmerkung), dem Justinian. Der Klassiker entschied nach dem Satze: nemo de improbitate sua consequitur actionem (Ulp. Dig. 47, 2, 12, 1).

Dig. 3, 5, 10, Pomp. l. 21 ad Qu. Muc.:

sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem.

Was mit den Worten damnum te sequetur gemeint ist, ist unklar. Sie können bedeuten, daß der Geschäftsführer Schaden, den er verursacht hat, ohne Rücksicht auf Verschulden zu ersetzen hat; sie können aber auch bedeuten, daß er für Schaden, den er bei Ausführung des Geschäfts erlitten hat, keinen Ersatz verlangen kann. Sti-

---

dächtigt Beseler, Beitr. III 44. Der Schlußsatz lautete nach Riccobono, Bull. 18, 203: in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, non habet contra me actionem. Vgl. noch Segré, Studi Scialoja I 278 n. 3; Pacchioni, Contributo critico alla dottrina delle azioni neg. gest., Bull. 9, 75 sq.; Bertolini, Appunti didatt. 1067 sq.

listisch bietet der Satz mehr als einen Anstoß: damnum statt damni, sequi in der Bedeutung „erfolgen", „eintreten" (mir stets verdächtig), die Wiederholung des Verbums sequi, auch ex ea re statt inde. Doch wird es mir immer zweifelhafter, ob wir berechtigt sind, den Juristen in dieser Weise ihren Stil zu kritisieren.[1])

Bisweilen wird die Haftung des Geschäftsführers gemildert, so, wenn er in besonderer Notlage tätig geworden ist (oder, wie Windscheid sagt, wenn ohne seine Dazwischenkunft alles verloren gewesen wäre), Dig. 3, 5, 3, 9, Ulp. l. 10 ad ed.:

> Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem.

Die Stelle des Ediktskommentares des Ulpian bezog sich wahrscheinlich auf die formula in factum concepta.[2]) Sie mag stark überarbeitet sein.

Nur für dolus haftete auch, wie man lehrt, der Erbe des Geschäftsführers, der die von diesem begonnenen Geschäfte zu Ende führte. Dafür beruft man sich[3]) auf Cod. 2, 18, 17 (a. 293):

> Curatoris etiam successores negotiorum gestorum [utili] conventos actione tam dolum quam [latam] culpam praestare debere nec ad eos officium administrationis trans-

[1]) Gegen die Meinung v. Petražycki, Lehre vom Einkommen II 194, daß der Neg. gestor beim Ausleihen von Geldern für casus (periculum nominum) einstehe, vgl. Pernice, ZSSt. 19, 135. Petražycki stützt sich hauptsächlich auf Dig. 3, 5, 36, 1 = Paul. Sent. 1, 4, 3. Zu dieser Stelle vgl. F. Schulz, ZSSt. 27, 138; Partsch, Neg. gest. 16 n. 1.

[2]) Lenel, Edikt [2] 101; Girard, Manuel [5] 658, 1. Zweifelnd Gino Segré, Studi Moriani 16.

[3]) Windscheid-Kipp, Pand. II [9] § 430 N. 6 (S. 915); Glück V 368. Dig. 17, 2, 40 und 27, 7, 1 pr., die Windscheid noch anführt, haben nichts damit zu tun. Beide Stellen (Pomp. Nr. 651 Lenel) sind übrigens ein Fragment, das in zwei verschiedenen Pandektentiteln untergebracht ist und in welchem das eine Mal heres tutoris, das andere Mal heres socii eingesetzt ist. Der Schlußsatz ist interpoliert; in quibus dolus eius admitti potest ist eine Ausdrucksweise, die dem Pomponius nicht zuzutrauen ist. Zu Cod. 2, 18, 17 vgl. noch Lenel, ZSSt. 35, 207.

ire ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

Aber die Basiliken 17, 2, 17 lehren, wie auch Alibrandi (Opp. I 584) nachwies, daß es sich hier um eigene Tätigkeit der Erben handelte. Daß die lata culpa interpoliert ist, zeigte De Medio (Bull. 18, 288). Somit bietet die Konstitution nur einen neuen Beleg für die Culpahaftung des Negotiorum gestor. Sichere Fälle der Haftungsmilderung auf dolus lassen sich nicht nachweisen. Auch die Belege für die Haftungsschärfung haben sich uns größtenteils als hinfällig und bedenklich erwiesen. Die Sache wird so liegen, daß zunächst bei der Aufstellung der formula in factum concepta, deren Existenz auf Grund der Untersuchungen Wlassaks[1]) jetzt wohl ziemlich allgemein angenommen wird, der Geschäftsführer, der deliktischen Natur der Klage entsprechend, für dolus einzustehen hatte. Als dann nach der Rezeption ins Zivilrecht die formula in ius concepta aufgestellt wurde und in ihr die Worte ex fide bona aufgenommen wurden, erfolgte durch extensive Auslegung die Ausdehnung der Haftung auf culpa.[2])

Das Utilitätsprinzip wurde damit verletzt; denn in aller Regel hat der Geschäftsführer von seiner Tätigkeit keinen Nutzen. Die Gründe dafür waren folgende. Erstens der Schutz des Geschäftsherrn. Nahm sich ein ungeeigneter Mann seiner Angelegenheit an, so hinderte er einen geschickteren an der Besorgung. Deshalb war es billig, daß er für den Schaden, den er etwa anrichtete, aufzukommen hatte. Inst. 3, 27, 1:

---

[1]) Zur Geschichte der Negotiorum gestio 1879. Lenel, der in der ersten Auflage des Edikts Wlassaks Ansicht ablehnte, hat sich in der zweiten Auflage S. 101 dazu bekannt. Ebenso Partsch, Studien zur Neg. gestio I 4ff.; Gino Segrè, Studi Moriani. Anderer Meinung Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 668 und Voigt, Röm. Rechtsgesch. I 694.

[2]) Die älteren Untersuchungen über den Grad der culpa oder diligentia bei der Neg. gestio, über welche Glück V 351 ausführlich berichtet, gehören mit der culpa levissima der Vergangenheit an. Glücks Nachweise sind aber immer noch brauchbar. Non Neueren vgl. Pernice, Labeo II², 2, 196; Windscheid-Kipp, Pandekten II⁹ § 430 S. 915; Dernburg, Pandekten II⁷ § 122 Anm. 24—26; Dernburg-Sokolowski, Pand. II § 379 Anm. 22. 23.

nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Dig. 3, 5, 5, 14 (6, 12), Ulp. l. 10 ad ed.:
Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit quaedam non, contemplatione tamen eius alius ad haec non accessit, et si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus fuit.[1])

Wer zur Besorgung einer Angelegenheit nicht fähig ist, soll die Hände davon lassen. Verdirbt er etwas, so hat er dafür aufzukommen. Die Sache liegt anders als beim Auftrag. Wer einem Untauglichen einen Auftrag gibt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn der Auftrag schlecht ausgeführt wird und ihm daraus Schaden erwächst. Der unbeauftragte Geschäftsführer dagegen drängt sich auf und wird ohne den Willen des Geschäftsherrn tätig, der ihn vielleicht nie mit dieser Angelegenheit beauftragt haben würde, sich jetzt aber seine Geschäftsführung gefallen lassen oder sich damit abfinden muß. Daraus entsteht für den Geschäftsführer die Pflicht, die Sache, die er aus freien Stücken übernommen hat, nun auch mit der höchsten Sorgfalt durchzuführen.[2]) Es ist eine Regel des römischen Rechts, die auch sonst ausgesprochen wird, daß, wer sich freiwillig zu einem Geschäfte drängt, schärfer haftet, als wer darum ersucht worden ist, Dig. 16, 3, 1, 35, Ulp. l. 30 ad ed.:

Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.[3])

---

[1]) et si vir — gesturus fuit nach Peters, ZSSt. 32, 279 interpoliert.

[2]) So auch Fr. Mommsen, Beiträge III 396.

[3]) ut puta — sed et und ita tamen — casus fortuitos hält Albertario, Bull. 25, 21 für interpoliert, den ersten Satz auch di Marzo (Festschr. für Vincenzo Lilla p. 6), den zweiten Eisele, ZSSt. 18, 20; De Medio, Bull. 20, 205; Gino Segrè, Studi Fadda p. 31. Für unsere Betrachtung kommt nichts darauf an. Aber gegen die Interpolation spricht, daß hier der Ausdruck custodia richtig angewandt wird. Vgl. Utilitätsprinzip S. 269 (S. 33 des S.-A.).

Derselbe Gedanke herrscht in D. 10, 2, 25, 16, Paul. l. 23 ad ed. bezüglich der Communio incidens, die ja auch zu den Quasikontrakten gerechnet wird. Doch soll auf diese interpolierte Stelle, die ich schon Utilitätsprinzip S. 245 (S. 9 des S.-A.) behandelt habe, nicht weiter eingegangen werden. Es genügt, auf Berger, Teilungsklagen S. 131 ff. zu verweisen.

IV. Legat und Fideikommiß.

Auch die Beziehung zwischen Erben und Vermächtnisnehmer wurde als kontraktähnliches Verhältnis aufgefaßt.[1]) Pernice hat es nicht ohne Grund getadelt, daß man bei der Haftungsfrage meist das Legat und das Universalfideikommiß zusammen behandelt; das sei weder für das klassische noch für das justinianische Recht angebracht.[2]) Stellt man sich aber auf den von Marcellus bei Ulpian Dig. 42, 4, 3, 3 ausgesprochenen Grundsatz, daß sich der Erbe durch Erbschaftsantritt gegenüber dem Vermächtnisnehmer verpflichtet, so hat die gemeinsame Betrachtung des Legates und des Fideikommisses für unsere Untersuchung nichts Bedenkliches. Seit Einführung der lex Falcidia wird in den meisten Fällen der Erbe vom Erbschaftsantritt Nutzen haben[3]) (den Fall der Überschuldung der Erbschaft können wir beiseite lassen); er muß also dem Utilitätsprinzip zufolge für culpa haften. Das hat denn für das Universalfideikommiß Pernice, der in dieser ganzen Lehre dem Richtigen sehr nahe gekommen ist, selbst bewiesen. Er erkannte bereits die Interpolation der culpa dolo proxima in dem vielbehandelten Fragment des Ulpian (l. 5 disp.) Dig. 36, 1, 23, 3[4]):

---

[1]) Die Quasikontrakte gelten jetzt als byzantinisches Erzeugnis. S. darüber unten S. 214 ff. Ein kontraktsähnliches Verhältnis ergibt sich schon aus Dig. 42, 4, 3, 3 (Marcell. bei Ulp. l. 59 ad ed.) und 50, 17, 19 pr. (Ulp. l. 24 ad Sab.). Pernice, Labeo II [2], 2, 129 n. 2; ZSSt. 19, 169f.; Betti, Sul significato di 'contrahere' in Gaio, 1912, p. 18.

[2]) Labeo II [2], 2, 217 ff.

[3]) Salkowski bei Glück, Lehre von den Vermächtnissen, Bd. 4 S. 254.

[4]) A. a. O. S. 218 ff. Übersicht über die Literatur zu diesem Digestenfragment bei Salkowski a. a. O. S. 243 ff.

Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est. et ita Neratius libro primo responsorum scribit. sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia, huiusmodi rei rationem reddet. sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia hi in fructibus non habentur. sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.

Die Stelle dient als Grundlage der Lehre, nach welcher der Fiduziar für diligentia quam suis haftet und die sogar in das BGB. (§ 2131) übergegangen ist.[1]) Ich habe darüber meine Meinung schon oben gesagt. Die diligentia quam suis oder, wie manche gewollt haben, die culpa lata in concreto, hat aber hier eine neue und ganz allein dastehende Bezeichnung erhalten: rebus suis consueta neglegentia. Deutlicher konnte in der Tat die Belohnung der Liederlichkeit des Fiduziarerben nicht ausgedrückt werden. Schon Salkowski (S. 241) sah, daß die ganze Stelle „flüchtig und nachlässig" hingeschrieben sei. Pernice, De Medio, Kalb, Mitteis (Privatr. I 232, 52), Lenel, Beseler (Beitr. I 36; 51), ich selbst und gewiß noch viele andere haben die Stelle für interpoliert erklärt. Aber Binding, Normen II², 2, 744ff. hält an ihrer Echtheit fest.[2]) Ich könnte mich damit begnügen, auf die ausgezeichnete Wiederlegung Lenels (ZSSt. 38, 279) zu verweisen; doch habe ich noch einiges hinzuzufügen. Binding sagt: „Natürlich bedeutet culpa hier nicht, wie Pernice a. a. O. S. 220 meint, Fahrlässigkeit, sondern Schuld." Unter Schuld versteht er bewußt pflichtwidriges Unterlassen. Wenn jemand seiner Ansicht durch das Wort „natürlich" oder „selbstverständlich" Stütze oder gar Begründung verleiht, so liegt die Sache

[1]) Sie wurde in der zweiten Kommission mit 8 Stimmen gegen 8 durch Stichentscheid des Vorsitzenden angenommen.

[2]) S. 724 n. 25 erklärt er dagegen die Stelle für interpoliert!

meist bedenklich. So auch hier. Darüber hat bereits Lenel das Nötige gesagt. Es handelt sich in unserer Stelle darum, daß der Fiduziarerbe unterlassen hat, Sachen zu verkaufen, die dann untergegangen sind. Dazu bemerkt Binding: „In dem Nachweis, daß der Erbe zur Erhaltung der eigenen Sachen sorgfältiger zu sein pflegt, liegt ein bedeutsames Indiz dafür, daß er die Erbschaftssache mit Wissen und Willen anders als die eigene behandelt hat." Ich stelle zunächst mit Befriedigung fest, daß Binding genau so, wie ich es oben getan habe, in der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nicht einen Begriff des materiellen Rechts, sondern ein Beweismittel sieht. Leider steht von dem, was er aus der Stelle herausliest, nichts darin. Vielmehr besagt sie genau das Gegenteil. Der Erbe wird nicht für die Unterlassung des Verkaufs haftbar gemacht, weil er eigene Sachen verkauft hat, sondern die Haftung wird ihm erlassen, wenn er die eigenen Sachen auch nicht verkaufte, sondern verderben ließ. Das ist aber etwas ganz anderes. Binding fährt fort: „In jenem einen Indiz sieht der Römer genügenden Beweis für eine absichtlich verschiedenartige Behandlung" (nämlich der eigenen und fremden Sachen), was er dann noch weiter ausführt. In unserer Stelle wird aber über verschiedenartige Behandlung gar nichts gesagt. Der Erbe hat Nachlaßsachen nicht verkauft; ob er eigene verkauft hat, darüber sagt die Stelle nichts. Wofür soll das also ein Indiz sein? Daß bewußt pflichtwidriges Verhalten vorlag? Das kann daraus keineswegs gefolgert werden. Vielmehr liegt die Sache so, daß die gewohnte Nachlässigkeit gegenüber dem eigenen Vermögen dem Erben zur Entschuldigung dienen soll. Das ist aber, wie schon Salkowski betonte, um so auffallender, als die Nachlaßgegenstände auch eigene Sachen des Erben sind. Mein Sprachgefühl sträubt sich auch gegen den Ausdruck suis rebus consueta neglegentia. Soll suis rebus Dativ sein oder Ablativ? und falls das erstere, wie ist er zu erklären? wovon hängt er ab? Der Dativ bei consuetus bezeichnet doch entweder den Träger der Gewohnheit oder den Gegenstand, auf den sich die Gewohnheit bezieht: consuetissima cuique verba Ovid, Me-

tam. 11, 637; consuetum mancipiorum genus campo, circo, theatris, aleae, popinae, lupanaribus Colum. 1, 8, 2; cf. Liv. 1, 40, 5. Weder der Erbe aber noch die Nachlässigkeit sind an res suae gewöhnt. Also müßte rebus suis von neglegentia abhängen. Dahin gehört es auch logisch; aber grammatisch ist eine solche Verbindung unmöglich. Die Erwähnung der culpa in diesem Satze ist aber überhaupt überflüssig. Der Vordersatz lautet: cum distrahere deberet. Das bedeutet, daß eine Verkaufspflicht vorlag. Deren Unterlassung macht den Erben haftbar; er muß dafür rationem reddere. In dem „deberet" liegt bereits, daß die Unterlassung schuldhaft sein muß. Kann der Erbe den Nachweis erbringen, daß er durch irgendeinen Umstand an der Erfüllung der Pflicht gehindert war, so befreit er sich von der Haftung. Weitere Ausführungen unterlasse ich, um nicht allzu trivial zu werden. Anstößig ist ferner huiusmodi rei für eius rei. Aber eius rei rationem reddere wäre gut ausgedrückt; schief dagegen ist culpae rationem reddere im ersten Satze des Fragmentes.[1]) Der Ausdruck begegnet noch einmal bei Ulpian (l. 15 ad ed.), Dig. 5, 3, 31, 3[2]):

> Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipso praedo est.

Daß hier von nisi an alles interpoliert ist, suchte Messina-Vitrano (Bull. 20, 241) zu erweisen.[3]) Mir ist auch der erste Teil des Fragmentes verdächtig. Doch will ich darauf nicht weiter eingehen. Aber wie es wohl angebracht

---

[1]) So schon Pernice. Selbst Binding gibt zu, daß die Ausdrucksweise „etwas nachlässig" sei.

[2]) Ich entnehme die Stelle dem Artikel culpa des VJR. (von Volkmar). Binding tadelt dessen Anlage. Er hätte lieber sagen sollen, wie er zweckmäßiger hätte gemacht werden sollen. Ich wäre für guten Rat sehr dankbar gewesen. Meines Erachtens ist der Artikel gut und seinem Zweck entsprechend. Man findet leicht alles darin, was man sucht. Mehr kann man von einem Wörterverzeichnis nicht verlangen.

[3]) Wegen nisi — tunc enim vgl. besonders Albertario, Le costruzione „nisi .... tunc enim", Filangieri 1911.

ist, zu sagen: actus, negotiorum gestorum, administrationis rationem reddere, ebenso unangemessen erscheint es mir, von einer Rechenschaftslegung über Fahrlässigkeit zu sprechen, und jedenfalls ist das dreimal hintereinander begegnende rationem reddere in unserem Fragment Dig. 36, 1, 23, 3 recht unschön. Echt könnte der Satz über die Erstattung der Sklavenkinder sein, wenn nicht die Sklavenenkel Bedenken erregten, an denen schon Pernice Anstoß nahm. Auch besagt er eigentlich etwas Selbstverständliches, und schließlich fehlt in ihm das Verbum, das erst durch Konjektur ergänzt werden muß. Sicher interpoliert ist der Schlußsatz. Auch ihn hält Binding für echt. Aber auffällig ist schon usu adquisitae sint für usu captae sint, und sicherlich hat Ulpian nicht hinzugesetzt: prolixitate temporis. Denn wie anders soll die Ersitzung erfolgen, als durch Zeitablauf? Man sehe, zu wie vielen Konjekturen dieser müßige Zusatz Anlaß gegeben hat, bei Salkowski-Glück 49 S. 240 n. 40. Obendrein ist prolixitas temporis ein Lieblingsausdruck Justinians: Cod. 1, 17, 2, 7e; 4, 29, 22, 1; 6, 33, 3, 4; Nov. 37, 3. prolixitas aevi Cod. 7, 31, 1 pr.; prolixitas spatii Cod. 7, 63, 5, 1c. In den Digesten kommt es nur noch einmal vor, nämlich bei Ulp. (l. 50 ad ed.) 29, 3, 2, 7:

> et magis est, ut dari debeat (tempus ad exhibitionem testamenti) secundum locorum angustias seu prolixitates,

bezieht sich aber hier auf den Ort (nach Krüger interpoliert). Von der Zeit ist es dagegen noch gebraucht in einer Konstitution Diokletians, Cod. 8, 50 (51), 9:

> si non tantum postquam reversus est tempus effluxit, quantum intentionem tuam temporis prolixitate conquiescere facit.

Auch dieser Satz ist mit Rücksicht auf Cod. 2, 52 (53), 7 interpoliert. Conquiescere ist ein Wort, das Justinian liebt, während es in den Digesten nicht vorkommt; die Konstruktion intentionem conquiescere facit ist griechisch und klingt im Lateinischen geschraubt; vor allem aber ist effluere, von der Zeit gebraucht im Sinne von verfließen, echt justinianisch, während es in den Digesten nur an der sicher interpolierten Stelle 23, 2, 10 begegnet, dagegen in

justinianischen Konstitutionen: 3, 1, 13, 5. 4, 20, 19, 3. 5, 74, 3, 2. 6, 30, 22, 12. 6, 33, 3, 3. 7, 4, 17, 2. 7, 39, 9 pr. 7, 63, 5, 1c; 4. 8, 40, 26, pr.; 5. 8, 40, 27, 1. Vgl. namentlich Cod. 6, 33, 3, 3:

> nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem et super dominio praestare, vel ipsi qui missus est omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrit, manifestissimum est non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

Hiermit können wir wohl die Betrachtung der Stelle D. 36, 1, 23, 3, die uns schon zu lange aufgehalten hat, abbrechen.

Die Milderung der Haftung des Fiduziarerben auf culpa lata ist Neuerung der Byzantiner. Nach klassischer Lehre haftete er, wenn er selbst etwas behielt, für culpa schlechthin. Das ergibt sich aus Dig. 35, 1, 72, 3, Papin. l. 18 quaest.:

> Quid ergo, si ita scriptum sit: 'peto, post mortem tuam restituas hereditatem ita, ne satis fideicommissi petatur neve ratio exigatur'. sine dubio per huiusmodi verba non interponendae quidem cautionis condicio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intellegatur: idque in eius persona, qui negotia gessit cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est.

War dem Fiduziar testamentarisch die Rechenschaftslegung erlassen, so bedeutete das Befreiung von der Haftung für culpa, nicht für dolus. Andernfalls haftete er also für culpa schlechthin. Die Stelle verweist auf ein Reskript, in welchem gleiches für den Negotiorum gestor angeordnet war, bestätigt also auch für diesen die unbeschränkte Culpahaftung. Ähnliche Entscheidungen für den Vormund enthalten Dig. 26, 7, 5, 7 und 26, 7, 41.[1]) Salkowski (S. 243)

[1]) Ich habe diese Stellen behandelt im Utilitätsprinzip, Festgabe für v. Gierke II 251 = SA. 15. Levy, ZSSt. 37, 48 hat einige Interpola-

stellt die Behauptung auf, daß es sich Dig. 35, 1, 72, 3 um den Erlaß der Verantwortlichkeit für lata culpa handele. Dagegen vertreten Hasse, Culpa 187, und Mommsen, Beiträge III 393 Anm. 5 die Ansicht, daß culpa levis erlassen wurde, da die Prästation der culpa lata überhaupt nicht erlassen werden könne. Dieser ganze Streit erledigt sich aber, wenn man zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Unterscheidung von culpa lata und culpa levis den Klassikern unbekannt war. Auch Salkowski kommt schließlich zu der von uns vertretenen Ansicht, daß der Fiduziar, wofern ihm nur kraft der Verfügung des Erblassers etwas von der Erbschaft verbleibt, für jedes Versehen und jede Nachlässigkeit aufzukommen habe. Es sei auf ihn die Dig. 30, 108, 12, African. l. 5 quaest. formulierte Regel anzuwenden. Die Stelle lautet:

> Cum quid tibi legatum fideique[1]) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

Es hat jemand ein Legat erhalten, er soll es aber nach fideikommissarischer Bestimmung einem andern ausantworten. Wie weit haftet er für Unmöglichkeit der Leistung? Julian entscheidet nach dem Vorteil, den ihm der Erbe zugewendet hat. Hat er gar nichts aus dem Testament empfangen, so haftet er nur für Dolus, andernfalls für culpa ohne Unterschied des Grades. Das Wertvolle

---

tionen darin aufgedeckt. Das ändert an ihrer Bedeutung für unsere Betrachtung nichts. Vgl. oben S. 182 n. 4. Unsere Ansicht wird auch bestätigt durch Dig. 36, 1, 56 (54) pr. Hier soll der Erbe herausgeben, quod ex hereditate superfuit. Er haftet, wenn er etwas interveniendi fideicommissi gratia verbracht hat, d. h. für dolus. Die Haftung für culpa ist ausgeschlossen. Grade derselben werden nicht unterschieden.

[1]) So mit Recht Haloander nach den geringeren Handschriften. Die Lesart der Florentina fideive gibt keinen Sinn. Salkowski S. 228 n. 22 und Windscheid, Pand. III § 647, 7.

aber, das diese Stelle für uns bietet, ist die Begründung. Ausdrücklich wird das bei den bonae fidei contractus herrschende Utilitätsprinzip herangezogen und auf das kontraktsähnliche Verhältnis entsprechend angewendet. Daß die Stelle vom Legatar, nicht vom Erben handelt, ist von keiner Bedeutung. Nur ist es beim Legatar leichter möglich als beim Erben, daß er von der letztwilligen Verfügung gar keinen Vorteil hat und daher nur für dolus haftet. Der Erbe hingegen wird regelmäßig für culpa aufkommen müssen. Das zeigt uns Dig. 30, 47, 4; 5 (Ulp. l. 22 ad Sab.):

> Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit: sed si culpa heredis res perit, statim damnandus est. § 5. Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam, quae levis est? an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est.

Wieder haben es sich die Kompilatoren nicht versagen können, ihre Grade von culpa anzubringen. Die Interpolation erkannte zuerst Pernice, beschränkte sie aber auf die Worte non solum — verum.[1]) De Medio verdächtigte den ganzen Satz an non — levis est[2]), ebenso Lenel.[3]) Selbst Binding gibt hier die Interpolation zu[4]), freilich ohne zu sagen, in welchem Umfang. Nach meiner Meinung ist der ganze § 5 interpoliert. Stilistisch sind unerträglich die beiden Pleonasmen an numquid und et — quoque. Die verkehrte Antwort quod verius est tadelte schon Pernice.[5]) Sachlich ist zu beanstanden, daß diligentia als besonderer Grad neben der culpa aufgeführt wird.[6]) Denn wenn culpa Nachlässigkeit ist, so ist Sorgfalt (diligentia) ihr Gegensatz, nicht ein besonderer Grad des Verschuldens neben ihr. Die Behauptung, daß culpa sich auf positive Handlungen, diligentia auf Unterlassungen beziehe, jene

---

[1]) Labeo II², 2, 130. [2]) Bull. 18, 266.

[3]) ZSSt. 38, 265. [4]) Normen II², 2, 724, 25.

[5]) De Medio verweist auf Ferrini, Rendic. dell' Istit. Lombardo vol. 33 (1900) p. 697 sq., mir leider nicht zugänglich.

[6]) Vgl. Fritz Schulz, Krit. Vierteljahrsschrift, Dritte Folge Bd. XIV (1912) S. 24.

kommissiv, diese omissiv sei[1]), läßt sich nicht erweisen. Die diligentia als neuer Haftungsgrad neben der culpa ist Erfindung der Byzantiner. Sie haben mit ihren Abstufungen und Schattierungen die größte Verwirrung in die ganze Haftungslehre gebracht, und es ist der Pandektendoktrin nicht gelungen, Licht und Klarheit in dem Wirrwarr zu schaffen. Die umfangreiche Literatur über die Verschuldungsfrage zeugt davon. Die Versuche und Mittel, die angestellt worden sind, um die Quellenstellen den vielen Theorien, die man erfand, dienstbar zu machen, machen dem Scharfsinn ihrer Erfinder oft alle Ehre, sind aber sehr oft auch die wunderbarsten Auslegerkunststückchen. Wirft man aber alle die Abstufungen, culpa lata, culpa levis, culpa dolo proxima, diligentia quam in suis rebus dahin, wohin sie gehören, nämlich auf die Plunderwerkstatt Tribonians, und beschränkt man sich auf die drei Grade dolus, culpa, casus, so wird alles klar, und man erkennt die ebenso einfachen wie brauchbaren Grundsätze der Klassiker. Die Kompilatoren wollten den Richter überall bevormunden und erreichten doch ihren Zweck nicht, weil sie so viele Abstufungen machten, daß der Richter sich daraus nicht zurechtfinden kann. Gerade bei der Haftungsfrage ist es unangebracht, allzuviel im Gesetz vorzuschreiben; gerade hier muß dem Richter eine gewisse Freiheit gelassen werden, seine Entscheidung den Umständen des einzelnen Falles anzupassen.[2]) Die Begriffe bona fides und diligentia sind dehnbar. Die Juristen der klassischen Zeit hatten zu dem Richter das Vertrauen, daß er von seinem officium den richtigen Gebrauch machen würde. Sie beschränkten sich darauf, ihm Richtlinien zu geben. Eine solche war das Utilitätsprinzip.

V. Bankier, Feldmesser, Beamte, Richter.

Von der Anwendung des Utilitätsprinzips auf die Schadenersatzpflicht der Personen, die ein öffentliches Amt

---

[1]) De Medio nach dem Vorgange von Pernice, Labeo II ², 2, 131.

[2]) Schweizer Obligationenrecht Art. 43: Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen hat.

verwalten oder ihre Tätigkeit infolge öffentlicher Anstellung ausüben, kann keine Rede sein. Die Frage, ob sie nur für Vorsatz oder auch für Fahrlässigkeit zu haften haben, ist zu allen Zeiten aus andern Gründen entschieden worden. Obgleich sie also von unserm Thema abliegt, so mag es uns doch gestattet sein, darüber noch einige Bemerkungen hinzuzufügen. Wir können uns dabei kurz fassen, da Ernst Levy in seiner vorzüglichen Schrift über Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht (1915, § 5 S. 41—62) die Hauptsache darüber gesagt hat, wenn er diese Verhältnisse auch aus einem ganz anderen Gesichtspunkte als wir betrachtet.

Der Bankier würde überhaupt nicht hierher gehören, wenn nicht Mitteis sehr wahrscheinlich gemacht hätte, daß er eine Art Urkundsperson war.[1]) Da könnte es nun auffallen, daß der Bankier nur für dolus haftet, Dig. 2, 13, 8 pr., Ulp. l. 4 ad ed.:

> Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet, [sed culpam non praestabit, nisi dolo proximam].[2])

Das hat seinen Grund darin, daß die actio in factum, die gegen den Bankier wegen Verletzung der Editionspflicht gegeben wurde, eine Pönalklage war. Es ist zwar bei diesen Klagen die Haftung für culpa, wie wir noch weiterhin sehen werden, durchaus nicht ausgeschlossen. Aber die Erweiterung der Haftung trat doch meist erst später ein, als man auch in anderen Beziehungen die Natur der Strafklagen veränderte, insbesondere ihnen eine reipersekutorische Funktion verlieh. Ursprünglich werden sie insgesamt, ihrer Deliktsnatur entsprechend, den Beklagten nur für dolose Rechtsverletzungen haftbar gemacht haben. So mag es bei der Klage gegen den Bankier wegen ver-

---

[1]) In seinem grundlegenden Aufsatz „Trapezitika", ZSSt. 19, 198 ff., bes. S. 236 ff.

[2]) Das Eingeklammerte interpoliert nach Pernice, Lab. II [2], 2, 177; De Medio, Bull. 18, 269; De Francisci, Studii sopra le azioni penali, 1912, p. 39 n. 12; Levy S. 63; Binding, Normen II [2], 2, 724 n. 25. Doch kann die Interpolationsannahme auf die letzten drei Worte beschränkt werden, vgl. Pernice und Levy a. a. O.

weigerter Urkundenedition bei der Dolushaftung geblieben sein, um so mehr, als die Worte dolo malo in der Formel standen.[1]) Aber das ist auch vollkommen begreiflich. Denn dieser Tatbestand setzt doch Vorsatz voraus. Man könnte sich Fahrlässigkeit nur so vorstellen, daß dem Bankier durch Nachlässigkeit die vorzulegenden rationes abhanden gekommen wären. Aber darum handelt es sich in dem Edikt über die Editionspflicht, auf dem die Klage gegen den Bankier beruht, nicht. Der Prätor verlangte von den Bankiers die Vorlegung der Rechnungen; der Kommentar Ulpians (Dig. 2, 13, 4) spricht fortwährend von Editionszwang, cogere, compellere. Es sollte die Widerspenstigkeit gebrochen werden. Damit steht es auch im Einklange, daß wiederholtes Verlangen der Edition nur causa cognita gewährt wurde. Natürlich fiel es unter dolus, wenn der Bankier seine Bücher, um sich der Edition zu entziehen, vernichtete oder wegschaffte; waren sie ihm aber, wenn auch durch Fahrlässigkeit, verbrannt oder gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen, so haftete er nicht. Wohl aber haftete er in seinem sonstigen Geschäftsverkehr mit den Kunden für jede Fahrlässigkeit[2]) und darüber hinaus. Das folgt ohne weiteres aus dem Kompensationszwang, dem er unterlag, und ergibt sich aus der Natur der betreffenden Geschäfte. Hierfür haftete auch der Gewalthaber, wenn ein Haussohn oder Sklave ein Bankiergeschäft betrieb, pekuliar.[3]) Auffallend aber ist es, daß er nach Dig. 2, 13, 4, 3 auch bei Verletzung der Editionspflicht des Gewaltunterworfenen nur peculio tenus, nicht in solidum haftete; denn bei der pönalen Natur der Klage sollte man Solidarhaftung mit der Möglichkeit der noxae deditio erwarten.

---

[1]) Lenel, Edikt [2] 64, 3.

[2]) Ausgenommen das depositum regulare.

[3]) Darauf will De Francisci, Studii sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva, 1912, p. 40 die Bemerkung Dig. 2, 13, 4, 3: si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur beziehen. Nach dem Zusammenhang ist das, wie Levy a. a. O. S. 63, 3 mit Recht bemerkt, unmöglich. Ulpian würde auch etwas Selbstverständliches sagen.

Auch der Feldmesser, der ein falsches Maß angegeben hatte, haftete aus einer actio in factum nur für dolus.[1]) Die Klage war noxal[2]) und passiv unvererblich[3]), hatte also unzweifelhaft pönalen Charakter, und dies allein würde hinreichen, um die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz zu begründen. Ulpian Dig. 11, 6, 1, 1 gibt aber außerdem noch ausdrücklich eine andere Begründung:

visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est.[4])

Er haftet nicht für culpa, weil kein contractus civilis mit ihm abgeschlossen ist. Es liegt keine locatio conductio vor; seine Verpflichtung fällt unter den Auftrag, der aber unentgeltlich ist. Höchstens könnte es sich um ein Honorar handeln, und daran darf nicht irremachen, daß Dig. 11, 6, 1, 1 von merces gesprochen wird. Denn merces wird auch sonst öfters im Sinne von Honorar gebraucht.[5]) Ulp. Dig. 11, 6, 1 pr.:

non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.[6])

Daher könnte mit der civilis actio de peculio Dig. 11, 6, 3, 6 auch die actio mandati gemeint sein[7]), obwohl hier, da es sich um einen Sklaven handelt, in erster Linie an die actio loc. cond. zu denken ist:

---

[1]) Dig. 11, 6, 1, 1 (Ulp. l. 24 ad ed.): „haec actio dolum malum dumtaxat exigit." Über die Interpolation des Satzes: „lata culpa plane dolo comparabitur und des folgenden „omnem" s. Levy a. a. O. S. 53 n. 3. Dig. 11, 6, 2, 1 (Paul. l. 25 ad ed.). 11, 6, 3 pr.; § 4.

[2]) Dig. 11, 6, 3, 6. [3]) Dig. 11, 6, 3, 5.

[4]) Die Echtheit bezweifelt Beseler, Beitr. III 115. Dagegen Levy a. a. O. S. 54.

[5]) Pernice, Festgabe für Beseler S. 66; Kübler, Festschrift für Otto Hirschfeld S. 54.

[6]) Echt? inter talem personam (!) locationem et conductionem non esse.

[7]) Dig. 17, 1, 6 pr. Locatio conductio nimmt auch Hagiothedorites an, sch. 12 zu Bas. 60, 9, 3 (Hb. 5, 421); cf. sch. 13. Nach Lenel und Pernice ist die actio de modo agri gemeint; dagegen Levy S. 59 ff.

Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait (Pomponius), quamvis civilis actio de peculio competat.[1])

Ist aber das Rechtsverhältnis, das dem freien mensor gegenüber besteht, der Auftrag, so könnte man als Grund der erleichterten Haftung auch das Utilitätsprinzip heranziehen; denn er hat von dem Geschäft keinen Nutzen, erweist vielmehr, wie es im Eingang des Pandektentitels heißt, ein beneficium. Nur würde das Prinzip versagen, sobald ein Honorar bewilligt wäre.

Ob man die Beamten des Staates und der Gemeinde aus Verletzungen der Amtspflicht privatrechtlich haften lassen soll, ist eine bis auf den heutigen Tag viel erörterte und bestrittene Frage. Die Römer haben sich grundsätzlich dafür entschieden.[2]) Doch ist die Haftung der Staatsbeamten durch Gesetze, die vorwiegend strafrechtlichen Charakter tragen, geregelt worden und daher hier nicht zu erörtern.[3]) Auch die Haftung der Gemeindebeamten wird in den Rechtsquellen nur in zwei Beziehungen näher geregelt. Im Edikt sind Bestimmungen getroffen über die Haftung des Gemeindebeamten, der im Verfahren wegen damnum infectum säumig gewesen ist[4]), und dessen, der seine Pflichten als Obervormundschaftsbehörde verletzt hat.[5]) Im ersten Fall ist uns über den Grad der Haftung nichts bekannt. Dagegen wissen wir, daß im zweiten Falle der Beamte für fahrlässige Verletzung der Amtspflicht einzustehen hatte. Das sagt folgende Stelle:

---

[1]) Den Satz quamvis — competat hält Rotondi, Bull. 24, 26 für interpoliert. Der Übergang von iudicium zu actio ist ebenso verdächtig wie die actio civilis de peculio.

[2]) Mommsen, Staatsrecht I³ 698. 699.

[3]) Mommsen, Strafrecht 705ff.; Pernice, Labeo II², 2, 165ff.

[4]) Dig. 39, 2, 4, 7—10; Lenel, Edikt² 53; Levy, Privatstrafe 45; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1243.

[5]) Pernice, Labeo II², 2, 180ff.; Levy, Privatstrafe 41ff.; Biagio Brugi in Mélanges Girard I 143ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1191ff.; Lenel, Edikt² 311ff. — Brugi a. a. O. hält die Bezeichnung „actio subsidiaria“ für kompilatorisch. Ihm stimmt zu Berger, Krit. Vierteljahrsschrift 1914, S. 84. Widersprochen haben Levy a. a. O. S. 41 n. 4 und Albertario, Dell' actio subsidiaria concesso al minore contro i magistrati, Pavia 1912.

Dig. 27, 8, 7 (Cels. l. 11 dig.):

In magistratus qui tutorem dederunt rogo rescribas, utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat. respondit, si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult actio ei danda in solidum est: sin culpa dumtaxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

In dieser Stelle ist ein Grundsatz ausgesprochen, der uns höchst fruchtbar und entwicklungsfähig erscheint. Es soll der Umfang der Haftung abhängig gemacht werden vom Grade des Verschuldens. Bei doloser Verletzung der Amtspflicht soll Solidarschuld eintreten, bei fahrlässiger Verletzung Teilhaftung. Ein zweiter Anwendungsfall wird uns weiter unten begegnen.[1]) Die Echtheit der Stelle ist bisher nie bezweifelt worden.[2]) In der Tat bietet sie formelle Anstöße nicht. Auffällig ist nur, daß Gordian in der Konstitution Cod. 5, 75, 3 (a. 235) von dieser Unterscheidung der Haftung nach Verschuldensgraden nichts weiß und die Erteilung des beneficium divisionis nur von der Zahlungsfähigkeit der Magistrate abhängig macht.

Die Haftung der Beamten für culpa wird ferner bezeugt von Ulpian Dig. 27, 8, 6 (l. 1 ad ed.):

magistratus si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautio-

[1]) Auch bei der Erbenhaftung spielt die Abstufung des Verschuldens eine Rolle. Der im Text erwähnte Gedanke fand Anwendung im Preußischen Landrecht I 6 §§ 10—16 und ist in das Schweizer Obligationenrecht § 43 aufgenommen. Für das BGB. ist er mit höchst merkwürdiger Begründung abgelehnt worden; die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruhe (!), müsse bei der Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus ferngehalten werden (Mot. II 17). Zustimmend Oertmann, Kommentar z. d. Schuldverhältnissen, 3. u. 4. Aufl., S. 48; Stammler, Schuldverh. S. 123 Anm. 7. Dagegen mit Recht v. Liszt, Deliktsobligationen S. 1ff.; Dernburg, Schuldverhältnisse des BGB. §§ 28. 32. Vgl. noch Gierke, Deutsches Privatr. III § 176 N. 64—67.

[2]) Für echt halten sie Binder, Korrealobligationen S. 298 und Levy, ZSSt. 37 S. 47 n. 2.

nem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur.[1])

Weniger beweist Dig. 27, 8, 1, 11 (Ulp. l. 36 ad ed.): si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit et satis non exegit, non sufficit: quod si satis exegit et idoneum exegit (elegit, Mommsen), quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei qui dedit imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare.

Beseler hält die Stelle von quod si ab für interpoliert (Beitr. III 119), und Levy widerspricht ihm nicht geradezu (S. 42 n. 4). Freilich der Hauptgrund Beselers ist die Anwendung des Wortes imputare, das er m. E. mit Unrecht verdächtigt.[2]) Es ist, wie ich an anderer Stelle gezeigt habe, ein Lieblingswort Ulpians. Aber der Schlußsatz, in dem Levy den Ausschluß der Haftung für casus findet, klingt etwas phrasenhaft, und die futuri casus in Verbindung mit der fortuna pupilli, für welche der Beamte dem Mündel nicht zu garantieren braucht, haben mit der technischen Zufallshaftung nichts zu tun. Aber die Culpahaftung des Beamten wird noch bestätigt durch die bereits oben (S. 183) besprochene Stelle Dig. 27, 8, 4, mag man nun den ersten nam-Satz für interpoliert halten oder den zweiten oder keinen von beiden (wie Levy) oder alle beide, durch Cod. 5, 75, 2 (a. 224), wo non lata interpoliert sein dürfte, und durch das Straßburger Fragment der Disputationen Ulpians Nr. 12 der Ausgabe von Seckel-Kübler (S. 501): sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt. Das Wort neglegere läßt nicht nur auf vorsätzliche, sondern auch auf fahrlässige Unterlassung der Sicherheitsbestellung schließen. Es gehört hierher aber auch der mehrfach behandelte Fall[3]), daß der Beamte bei Prüfung der Tauglichkeit der Bürgen nicht mit genügender Sorgfalt verfahren ist. Dagegen liegt

---

[1]) Vgl. Cod. 5, 75, 2 und Fragm. Argorat. Ulp. 11. 12.

[2]) Ebenso Berger.

[3]) Dig. 27, 8, 1, 8; 13; 17 (aut non idonee cautum sit culpa eius). fr. 6 eod. fr. 7 eod. (ut minus pupillo caveretur). Straßb. Ulpianfragment 12: vel quos minus idoneos acceperunt.

Dig. 27, 8, 1, 3, wo die Haftung des Beamten auf dolus vel lata culpa beschränkt wird, wie schon Levy richtig bemerkte, ein anderer Tatbestand vor. Die Munizipalmagistrate haben dem Statthalter ungeeignete Vormünder benannt oder über die ihm benannten Vormünder unrichtige Auskunft erteilt. Übrigens ist hier vel lata culpa nach De Medio[1]) interpoliert. Denkbar ist aber auch, daß nur lata interpoliert wäre.

Die Klage gegen den Beamten ist durch einen Senatsbeschluß unter Trajan eingeführt worden.[2]) Da schon Celsus die erweiterte Haftung kennt[3]), so wird sie auf dem Senatsbeschluß beruhen. Es ist jedenfalls ausgeschlossen, daß der Beamte usprünglich nur für Vorsatz haftete, oder gar, daß, wie Pernice (Labeo II ², 2, 181) annahm, die Haftung nur in Ausnahmefällen bis zur culpa levis gesteigert war.[4]) Das könnte auffallen, weil die Klage unbestritten pönalen Charakter hatte. Allein sie hatte doch mancherlei Besonderheiten. Für den Haussohn haftete der Vater nicht in solidum und nicht noxal, sondern nur in Höhe des Pekulium. Die Erbenhaftung lehnte zwar, wie das Straßburger Fragment der Disputationen des Ulpian jetzt lehrt, Julian ab, drang aber damit nicht durch. Als Grund der Haftungserweiterung wird angegeben, daß die Beamten wie Bürgen haften, Straßburger Ulpianfragment 12:

> sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt.

Ähnlich Ulpian Dig. 27, 8, 6.[5])

Mit der Haftung des Munizipalbeamten aus der actio subsidiaria wegen Verletzung der Sorgfalt bei der Tutorenbestellung wird gewöhnlich die Haftung des iudex zusammengestellt, qui litem suam fecit.[6]) Nicht mit Recht. Bei uns freilich gehört der Richter zu den Beamten, und seine Haftung ist daher im BGB. § 839 zusammen mit der Beamtenhaftung geregelt. Aber der römische Judex ist, wenn

---

[1]) Bull. 18, 285. [2]) Cod. 5, 75, 5. Dig. 27, 8, 2.
[3]) Dig. 27, 8, 7. [4]) Zutreffend Levy a. a. O. S. 43 n. 4.
[5]) Vgl. Binder, Korrealoblig. 299.
[6]) Pernice, Labeo II ², 2, 165ff. Levy, Privatstrafe 48ff. behauptet ein innerlich begründetes Verwandtschaftsverhältnis.

er auch staatliche Hoheitsrechte wahrnimmt[1]), doch kein Beamter. Der Munizipalbeamte haftet wie ein Bürge des Vormunds, daher indirekt wie der Vormund selbst. Die Haftung des Vormunds aber wird, wie die des negotiorum gestor, aus einem kontraktsähnlichen Verhältnis hergeleitet. Dagegen wird die Haftung des Judex auf ein Quasidelikt gegründet. Wenn Levy S. 41 auch die Beamtenhaftung unter die Quasidelikte rechnet, so hat das in den Quellen keinen Anhalt.[2]) Sehr auffällig ist aber, daß die Verletzung

---

[1]) Selbst das bestreitet Pernice, Labeo II ^{2}, 2, 172; ZSSt. 19, 143.

[2]) Auf die Frage, ob die Lehre von den Quasidelikten und Quasikontrakten von Gajus oder von den Byzantinern stammt, kann hier nicht näher eingegangen werden. Doch will ich kurz meinen Standpunkt angeben. Gajus sagt im zweiten Buche der res cotid., Dig. 44, 7, 1 pr.: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Er gibt demnach eine Dreiteilung. Also, so folgert man, könne er im dritten Buche derselben Schrift nicht eine Vierteilung geben. Das tut er aber auch nicht. Er behandelt hier vielmehr eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die weder zu den Kontrakten noch zu den Delikten gehören, und die er teils als Quasikontrakte, teils als Quasidelikte bezeichnet. Das sind nicht zwei selbständige neue Klassen, sondern zwei Unterabteilungen der dritten Klasse, dei variae causarum figurae (vgl. Brinz, Pandekten II ^{2} 132). Der Schein, daß hier zwei neue Klassen vorliegen, ist nur durch die Institutionen erweckt worden, in denen die Quasidelikte und Quasikontrakte auf zwei verschiedene Titel in zwei verschiedenen Büchern (3, 27 und 4, 5) verteilt sind. Erst dadurch ist die übliche Vierteilung entstanden. Das Digestenfragment 44, 7, 5, wo die variae causarum figurae im Zusammenhang behandelt sind, bietet ein ganz anderes Bild. Daß Gajus in den Institutionen nur Kontrakte und Delikte behandelt, dagegen die variae causarum figurae ausläßt, erklärt sich aus dem lehrbuchähnlichen Charakter des Werkes. Dig. 44, 7, 5, Inst. 3, 27 und 4, 5 enthalten einen echten gajanischen Kern. Freilich sind sie stark mit Interpolationen durchsetzt, namentlich da, wo die Digesten von den Institutionen abweichen. Das ist namentlich der Fall bei der Lehre von den Quasikontrakten, wie ich bereits ZSSt. 23, 521 ff. dargelegt habe. Dort habe ich auch gezeigt, daß die Digesten sich weiter von der Vorlage entfernen als die Institutionen. Dagegen stimmen in der Lehre von den Quasidelikten Digesten und Institutionen ziemlich genau überein, und das ist eine starke Stütze für die verhältnismäßige Echtheit dieses Abschnittes; ein vollgültiger Beweis ist es natürlich nicht. Wer überhaupt annimmt, daß die Kompilatoren nicht mehr die echten res cotidianae, sondern ein überarbeitetes Buch benutzten, mit dem ist nicht zu streiten. Aber ich sehe zu solcher Annahme keinen zwingenden Grund. Die

der Amtspflicht durch den Richter nicht als echtes Delikt, sondern als Quasidelikt aufgefaßt wird. Meist wird dafür als Grund angegeben, daß man dabei hauptsächlich an die Fälle dachte, in denen der Richter per imprudentiam gefehlt hatte.[1]) Aber befriedigend ist diese Erklärung nicht. Sie wäre es höchstens, wenn unter dem peccare per imprudentiam das sachlich unrichtige Urteil zu verstehen wäre. Aber gerade das wird vielfach abgelehnt.[2]) Allerdings führt das Wort imprudentia darauf.[3]) So sagt Cicero in Verr. II, 2, 23, 57:

> Tu, qui institueras in eos animadvertere, qui perperam iudicassent, quod saepe per imprudentiam fit.

Ferner Dig. 21, 2, 51 pr. (Ulp. l. 80 ad ed.):

> Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere.

und Dig. 2, 2, 2 (Paulus l. 3 ad ed.):

> Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.

Aber Cicero bezeichnet es (in Verr. II, 2, 13, 33) als unerhört, daß Verres als Statthalter Siziliens ein Edikt erlassen hatte:

> Si qui perperam iudicasset, se cogniturum; cum cognosset, animadversurum.

Sprache dieser Stellen ist korrekt, der Stil durchaus gajanisch. Vgl. jetzt vor allem die ausgezeichnete Untersuchung von Betti, Sul significato di „contrahere" in Gaio, Sanseverino-Marche, 1912; überarbeitet und verkürzt auch im Bull. 25, 65ff. Ferner Grupe, ZSSt. 17, 319; 18, 219; Pernice, Labeo II [2], 1, 321, 3; Kniep, Gai institutionum comm. tert. (§§ 88—225) S. 80; Berger, Krit. Vierteljahrsschr. 1912 S. 437; Perozzi, Ist. II 14; Mitteis, Röm. Privatr. I 86; Ebrard, Digestenfragmente ad form. hypoth. 1917 S. 69 n. 72; ZSSt. 38, 329; Interpolationenforschung S. 9; Partsch, Negotiorum gestio 26; 38, 1; Krüger, Gesch. der Quellen, 2. Aufl., S. 211; Kroll (Erman und H. Krüger), Zur Gajus-Frage, 1917, S. 35ff.

[1]) So auch Sohm, Institutionen § 86, 14. Aufl., S. 578; Czylharz, Institutionen § 99, 9 und 10. Aufl. S. 202; Keller, Röm. Zivilproz., 4. Aufl. n. 1083 p. 377. Theophil. Paraphr. 4, 5 pr.: *ἀλλ' οὔτε* delicton *τοῦτο· ἔσθ' ὅτε γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῇ διανοίᾳ, τοῦτο ἔπραξεν.*

[2]) Lenel, Edikt [2] S. 163; Sohm a. a. O.; Betti a. a. O.

[3]) Pernice, Labeo II [2], 2, 170.

Er sieht in einer solchen Anordnung nichts anderes als eine nichtswürdige Beeinflussung der Richter. Es ist durchaus zutreffend, wenn Lenel sagt, daß vorwiegend an die bei der Selbständigkeit des römischen Geschworenen unendlich häufigen kleinen Gesetzwidrigkeiten zu denken sei: Versäumnis des Termins, Verfehlung wider die gesetzlichen Vorschriften über die Vertagung u. dgl.[1]) Dann liegt aber eben doch eine Verfehlung vor, und so sagt ja denn auch Gajus: utique peccasse aliquid videtur.[2]) Warum wird also der Tatbestand nicht als Delikt, sondern als Quasidelikt bezeichnet?

Schrader, ad Inst. 4, 5 pr. vergleicht Aristoteles Ethic. Nicom. 5, 9, 12 (c. 12 Ausgabe von Susemihl, p. 1136 b der Ausgabe der Berliner Akademie): *ἔτι εἰ μὲν ἀγνοῶν ἔκρινεν, οὐκ ἀδικεῖ κατὰ τὸ νομικὸν δίκαιον οὐδ' ἄδικος ἡ κρίσις ἐστίν, ἔστιν δ' ὥς ἄδικος (ἕτερον γὰρ τὸ νομικὸν δίκαιον καὶ τὸ πρῶτον[3])· εἰ δὲ γιγνώσκων ἔκρινεν ἀδίκως, πλεονεκτεῖ καὶ αὐτὸς ἢ χάριτος ἢ τιμωρίας.*

Der Richter, der unabsichtlich (imprudens = *ἀγνοῶν*) ein falsches Urteil fällt, handelt nach dem gesetzlichen (positiven) Recht nicht unrecht; seine Entscheidung ist nicht ungerecht, sie ist aber *ὥς ἄδικος*. Sollte Gajus etwa von Aristoteles abhängig sein? Es ist merkwürdig genug, daß diejenigen, die für die griechische Heimat des Gajus eintreten, sich dieses Zeugnis bisher haben entgehen lassen. Indessen Gedankengänge, wie die des Aristoteles im fünften Buche der Nikomachischen Ethik sind, finden sich meines Wissens bei Gajus nicht wieder und liegen ihm sicherlich fern bei seiner Klassifizierung der Obligationen.

Brinz, Pandekten II ² 160ff., hat einen andern Ausweg gesucht. Er meinte, daß die Verfehlung des Richters

---

[1]) Cod. Theod. XI 36, 2.

[2]) Pernice a. a. O. S. 171 hebt hervor, daß Gajus das Amtsvergehen als peccatum, nicht als maleficium bezeichnet. Das wird keinem aufmerksamen Leser entgehen. Aber auch peccatum ist eine Verfehlung, ein Verschulden. peccata nocentium Dig. 47, 10, 18 pr. Vgl. Dig. 50, 16, 131, 1; 244 (poenae certae singulorum peccatorum).

[3]) Vgl. jetzt die Fragmente der Schrift des Antiphon, Pap. Oxyr. XI 1364 über den Unterschied des gesetzlichen Rechtes vom Naturrecht, und dazu Wenger, K. V. J.schr., 3. Folge, Bd. XVIII S. 39ff.

da sie sich nicht auf Fahrlässigkeit beschränkte, sondern auch Vorsatz umfaßte, nicht mit Rücksicht auf die imprudentia unter die Quasidelikte gestellt werden konnte; das quasi sei weder aus der Schuld noch aus dem Tatbestande zu erklären; zu seiner Erklärung sei eine weitere Kategorie notwendig. Wer aus eigener Schuld und wegen eigentlichen Deliktes hafte, hafte gleichwohl nur quasi ex delicto, wenn die Verfolgung keine pönale sei. Dies sei aber beim Judex der Fall gewesen, wenigstens nach der, allerdings verworfenen, Ansicht des Julian, nach welcher die Klage passiv vererblich war, Dig. 5, 1, 16, wozu jetzt noch das Zeugnis des Ulpian in dem Straßburger Fragment seiner Disputationen kommt. Er hätte noch hinzufügen können, daß man aus Dig. 5, 1, 15 pr. die pekuliare Haftung des Vaters für den Haussohn, der sich als Geschworener den Prozeß angehängt hatte, herleitete. Doch diese Argumente hat bereits Levy widerlegt.[1]) An dem pönalen Charakter der Klage ist nicht zu zweifeln[2]), nnd Brinz räumt das selbst ein für die nachjulianische Zeit und Lehre, nachdem Julians Meinung einmütig abgelehnt war; er sagt, es sei danach rätselhaft, worin seither die Uneigentlichkeit unseres Delikts liege.

Aber die Frage, ob die Verletzung des Rechtes des Streitenden durch falsches Urteil echtes oder unechtes Delikt sei, kann überhaupt nicht aus den Rechtsfolgen entschieden werden. „Nicht das Rechtsmittel bestimmt die Auffassung des Tatbestandes, sondern umgekehrt", sagt sehr richtig Pernice (Labeo II [2], 2, 172, 5). Wo Verschulden und Widerrechtlichkeit vorliegen, ist ein echtes, kein unechtes Delikt gegeben. Da das Verschulden des Richters als unentbehrliches Merkmal des Tatbestandes erscheint, wäre es höchstens denkbar, daß die Widerrechtlichkeit fehlte. Das könnte der Fall sein, wenn der Geschworne

---

[1]) S. darüber Levy a. a. O. S. 51. Daselbst ist n. 3 weitere Literatur angegeben.

[2]) Usteri, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien (Iudex qui litem suam fecit), Zürich 1877, S. 44; Levy S. 50ff.; De Francisci, Studii sopra le azioni penali, Milano 1912, p. 59. Unrichtig Pernice, Labeo II [2], 2, 172; Betti p. 44.

auf eine ungerechte Formel hin verurteilte, wie solche Cicero in Verrem II, 2, 12, 31 beispielshalber anführt:

> Si vero illud quoque accedet, ut praetor in ea verba iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi: L. OCTAVIUS IVDEX ESTO. SI PARET FVNDVM CAPENATEM, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM P. SERVILII ESSE, NEQVE IS FVNDVS Q. CATVLO RESTITVETVR, non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat?[1])

Aber wenn der Richter auf eine solche Formel hin das Urteil spräche, würde er nicht litem suam facere. Der Geschädigte müßte sich an den Gerichtsmagistrat halten, der die Formel erteilt hat.

Bei den übrigen Quasidelikten, die im Institutionentitel 4, 5 und Digesten 44, 7, 5 zusammengestellt sind, bei der actio de effusis et deiectis, bei der actio de posito et suspenso und bei der Haftung der Schiffer, Gastwirte und Stallwirte für ihre Angestellten wird die Natur des Quasideliktes damit begründet, daß hier für fremdes Verschulden gehaftet wird. Man sieht darin in der Person des Haftenden eine Zufallshaftung.[2]) Und in der Tat ist es eben das Kennzeichen des unechten Deliktes, daß ein Verschulden des Haftpflichtigen wohl möglich, aber für den Tatbestand des Quasideliktes kein unerläßliches Erfordernis ist. Man rechnet daher in den Darstellungen des Pandektenrechtes auch noch andere als im Institutionentitel 4, 5 und im Digestenfragment 44,7,5 aufgezählte Schuldverhältnisse zu den Quasidelikten[3]),

---

[1]) Vgl. Huschke, Gajus S. 222. 237 n. 113; Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilprozeß II 239.

[2]) Fritz Schulz, Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht, Grünhuts Zeitschrift 38, 1911, S. 2. S. 36ff. des Sonderabdrucks. Er weist überzeugend nach, daß erst Justinian hier überall das Verschuldungsprinzip hineingetragen hat. Für das heutige Recht vgl. Planck-Siber, Kommentar zu den Schuldverhältnissen des BGB. S. 223.

[3]) Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie I[6] 395 (das Pandektenrecht § 74). Franz Leonhard in Birkmeyers Rechtsenzyklopädie, 2. Aufl. S. 153.

so den Tierschaden[1]), die Schädigung durch leblose Sachen (cautio damni infecti)[2]) und die Klage wegen eigenmächtiger Veränderung des natürlichen Wasserlaufes (actio aquae pluviae arcendae).[3]) Es wäre wohl denkbar, daß man auch die Haftung des Richters ursprünglich so auffaßte. Daraus würde sich die Ansicht Julians, daß auch der Erbe haftete, am besten erklären. Dann müßte man allerdings als Haftungsgrund doch das sachlich unrichtige Urteil mit in den Tatbestand hereinnehmen. Es wäre möglich, daß Gajus bei seiner Einteilung bereits den Standpunkt Julians verließ: denn quae sententia vera non est et a multis notata est sagt Ulpian Dig. 5, 1, 16. Und Gajus ist mehr als einmal von Julian abgewichen. Er machte seine Einteilung der variae causarum figurae, wie Betti sehr schön dargelegt hat, nicht aus theoretischen, konstruktiven Gesichtspunkten, sondern aus praktischen Gründen. Wenn er die Parteischädigung durch unrichtiges Urteil als Quasidelikt bezeichnete, so tat er das, weil er entweder die Erbenhaftung oder die Pekuliarhaftung ausschließen wollte.[4]) Diese Ausführungen mögen die Kompilatoren gestrichen oder abgeändert haben. Sie mögen auch, wie sonst so oft, das Schuldmoment stärker betont und dadurch die Unstimmigkeit verursacht haben, daß nach dem jetzigen Wortlaut als unechtes Delikt bezeichnet wird, was nach der Definition echtes Delikt sein müßte. Das alles läßt sich bei dem Stande des Quellenmaterials nicht mehr mit Sicherheit entscheiden. Die Möglichkeit sollte hier wenigstens angedeutet werden.

In der Überlieferung ist die Haftung des Richters für imprudentia und dolus bezeugt, jene in dem dreimal (Dig.

---

[1]) Müller-Erzbach, Arch. f. ziv. Prax. 109, 27; Windscheid-Kipp, Pand. II § 457, 3; Litten, Jher. Jahrb. 49, 419 ff.

[2]) Burckhardt, Die cautio damni infecti S. 5. 7. 10. 136. 139; Jhering, Schuldmoment S. 27; Müller-Erzbach a. a. O. S. 16. 21; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 480.

[3]) Vgl. z. B. Dig. 39, 3, 6, 7.

[4]) Wie in unserm Rechte die Frage, ob ein Tatbestand den Delikten (auch den unechten) zuzurechnen sei, von praktischer Bedeutung ist für den Gerichtsstand und die Verjährung. Vgl. Entsch. d. Reichsger. 60 Nr. 69; 70 Nr. 43; Seuff. Arch. 61 Nr. 91. 181.

44, 7, 5, 4; 50, 13, 6 und Inst. 4, 5 pr.) erhaltenen Bericht, der unter dem Namen des Gajus geht, dieser von Ulpian Dig. 5, 1, 15, 1. Was unter imprudentia, zu verstehen ist, ist zweifelhaft. Wenn infirmitas und imperitia der culpa zugerechnet werden (Gaius Dig. 9, 2, 8 = 50, 17, 132. Celsus Dig. 19, 2, 9, 5), so wird man auch imprudentia dahin zählen dürfen. Und daß der Richter für Fahrlässigkeit einstehen mußte, wird mit Recht aus dem Bericht des Gajus 4, 52 und aus dem Bruchstück der Suasio legis Fanniae, das bei Macrob. Sat. 3, 16, 14 aufbewahrt ist[1]), erschlossen. Ob er sich auch durch unverschuldetes, durch Unerfahrenheit verursachtes Falschurteil haftbar machte, ist bestritten. Der Satz Ulpians Dig. 5, 1, 15, 1 scheint dem entgegenzustehen. Denn danach haftete der Richter nur für dolus:

Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit.

Die Auslegung dieses Fragmentes ist freilich sehr schwierig. Früher verstand man unter dem Handeln in fraudem legis Umgehung des Gesetzes. Dazu wäre dolus erforderlich gewesen. Aber neuerdings hat man erwiesen, daß in fraudem legis agere jede, auch die objektive Gesetzesverletzung bezeichnen könne, und gerade eine solche soll in unserem Falle vorliegen.[2]) Danach könnte ein Urteil in fraudem legis auch fahrlässig, ja selbst durch bloßen Irrtum, der nicht auf Fahrlässigkeit zu beruhen brauchte, gefällt werden, und dann würde Ulpian die Haftung des Richters für ein solches Urteil auf den Fall des Vorsatzes beschränkt haben. Das würde schlecht zu unseren vor-

---

[1]) Mommsen, Röm. Gesch. II[9] 404 übersetzt: „Endlich gehen sie selbst auf den Gerichtsplatz, aber früh genug, um sich den Prozeß nicht selbst auf den Hals zu ziehen."

[2]) Dig. 5, 1, 40, 1; Rotondi, Gli atti in frode alle legge p. 149; Lewald, ZSSt. 33, 592; Betti p. 44. Das Buch von Rotondi ist mir nur durch die Referate von Lewald, ZSSt. 33, 586ff., und Albertario, Bull. 25, 250 bekannt. Betti hält dolo malo und den folgenden Satz: dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes für interpoliert (den letzteren auch Beseler, Beitr. I 77). Damit wäre freilich die Schwierigkeit beseitigt. Den Vorschlag Beseler's, statt in fraudem legis zu lesen in fraudem litigatoris halte ich für verunglückt.

stehenden Erwägungen passen. Aber die Inskription des Fragmentes läßt darauf schließen, daß es sich auf einen speziellen Fall, auf eins der Bürgschaftsgesetze bezog.[1]) Dann würde hier keine allgemeine Regel vorliegen.

Ulpian bezeichnet als Rechtsfolge des litem suam facere: ut veram aestimationem litis praestare cogatur, Gajus hingegen: in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.[2]) Man folgerte daraus, daß die Haftung des Richters nach dem Grade des Verschuldens abgestuft war, daß er, je nachdem ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fiel, den vollen Schaden zu ersetzen oder eine nach billigem Ermessen abzuschätzende Buße zu zahlen hatte.[3]) Man nahm an, daß das im Edikt durch Aufstellung zweier besonderer Formeln zum Ausdruck gelangt war. Allein, wie Lenel zeigte[4]), enthielt die in die religio iudicantis gelegte Entscheidungsmacht die Befugnis, auch auf die vera litis aestimatio zu erkennen, so daß die Notwendigkeit, zwei Formeln aufzustellen, sich erübrigt. Immerhin mochte der Satz Ulpians eine Rechtsregel enthalten, nach der sich die Praxis richtete. Wir hätten mithin ein zweites Beispiel dafür, daß sich die Haftung nach dem Grade des Verschuldens richtete. Dann hätte aber folgerichtigerweise der Richter, den gar kein Verschulden traf, haftungsfrei bleiben müssen, und das würde wieder gegen die Behandlung dieses Tatbestandes als Quasidelikt sprechen.

Die Haftung des Richters wird im Institutionentitel 4, 5 und ebenso in der entsprechenden Digestenstelle (44, 7, 5, 5 ff.) zusammengestellt mit einigen andern, oben bereits

---

[1]) Lenel, Edikt [2] 210; Levy, Privatstrafe 49.

[2]) Dieser Satz steht nur Dig. 50, 13, 6 und Inst. 4, 5 pr., dagegen nicht Dig. 44, 7, 5, 4. Das ist aber noch kein hinreichender Grund, um ihn mit Ferrini (Bull. 13, 190), Pernice (Labeo II [2], 2, 169, 9), P. Krüger und Beseler (Beitr. I 78) für interpoliert zu halten. Für die Echtheit Levy, Privatstrafe S. 50 n. 10.

[3]) So schon die Glosse und Donellus. Von Neueren Wetzell, Röm. Zivilprozeß § 36 n. 14; Windscheid-Kipp, Pandekten II § 470 n. 4; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1349 ff.; Schrader, ad Inst. 4, 5 pr. Ältere Literatur bei Usteri, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien S. 56 n. 1.

[4]) Edikt [2] 162 ff.

aufgezählten Tatbeständen (actio de deiectis et effusis, de posito et suspenso, Haftung des Gastwirts, Stallwirts und Reeders für ihre Angestellten), bei denen stets hervorgehoben wird, daß den Haftenden eine Schuld nicht treffe. Es liegt hier Gefährdungshaftung vor.[1]) Sollten etwa die Römer der Ansicht gehuldigt haben, daß ein Prozeß eine gefahrbringende Einrichtung sei, und daß, wer sich in die Gefahr wage, sein Fell zu Markte trage und darin umkomme? Etwas Wahres läge schon in einer solchen Anschauung, und es gibt bis auf den heutigen Tag viele Menschen, die in einer Streitsache lieber nachgeben, ehe sie es auf einen Prozeß ankommen lassen.[2]) Man könnte dafür auch geltend machen, daß der Rechtsuchende nicht weiß, welcher Richter über sein Schicksal entscheiden wird[3]), und daß deshalb ein etwa eintretender Schade dem Richter aufzubürden sei. Liegt es doch so bei der Vormundschaft, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und bei der Erbengemeinschaft. Vom Mündel heißt es Dig. 46, 6, 12: non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, und vom Miterben Dig. 10, 2, 25, 16: cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Auch in iudicem incidimus[3]), mochte auch immerhin in Rom den Parteien eine gewisse Mitwirkung bei der Auswahl des Richters zustehen. Aber im Ernste ist natürlich den Römern die Auffassung des Prozesses als gefährdender Veranstaltung nicht zuzutrauen, und Vormundschaft, auftraglose Geschäftsführung und Erbengemeinschaft werden als kontraktähnliche Verhältnisse betrachtet, während die Richterhaftung zu den Quasidelikten gerechnet wird. Man suchte daher bei ihr, wie bei den übrigen unechten Delikten, nach einem Schuldmoment und verstrickte sich dadurch in viele unlösliche Widersprüche. Denn in Wahrheit ist es hier nicht die Schuld, die zur Haftung führt, sondern die Gefährdung, und die Haftung wird nicht dem Schuldigen, sondern dem Interessenten auferlegt.[4]) Hätten die Römer das bereits klar erkannt und

[1]) Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 2 § 23 S. 256 ff.
[2]) Die Römer sagten für „klagen" sehr bezeichnend: experiri.
[3]) Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes, 1904, S. 218.
[4]) Müller-Erzbach, Arch. f. ziv. Praxis 107, 383 ff.

als „abstrakte Erkenntnis“ in Regelform gebracht, so wäre es ihnen nicht passiert, daß sie die Verfehlung des Richters zu den unechten Delikten stellten. Denn der Richter ist kein Interessent und soll keiner sein. Macht er sich dazu, so versündigt er sich. Dann liegt aber ein sehr echtes Delikt vor, und zwar vorsätzliches. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Richter die Partei durch falsches Urteil oder durch anderweitige Amtsverletzung (Terminversäumnis usw.) schädigt. Er haftet auch für Fahrlässigkeit. Trifft ihn dagegen kein Verschulden, so ist er haftungsfrei. Das dürfte auch die Ansicht der Römer gewesen sein. Wenigstens wüßte ich kein sicheres Zeugnis, durch welches das Gegenteil bewiesen würde. Dann gehört aber das litem suam facere nun und nimmer unter die Quasidelikte, und dann kann dabei die Frage des Utilitätsprinzips keine Rolle spielen.

Bei den wirklichen Quasidelikten, bei der actio de deiectis et effusis, der actio de posito et suspenso, bei der Haftung der Gastwirte, Stallwirte und Schiffer für Verfehlungen ihrer Angestellten tritt die Haftung ein ohne Rücksicht auf Verschulden, und zwar haftet der Interessent, weil er fremde Interessen gefährdet. Es soll das hier nicht weiter ausgeführt werden; wir können auf die Darstellung von Müller-Erzbach im Archiv f. ziv. Praxis 109, 1ff. verweisen. Aber es sei darauf hingewiesen, daß sich auch hier wieder eine Verwandtschaft mit dem Utilitätsprinzip zeigt. Auch hier finden sich schon im römischen Recht Ansätze zu Gedanken, die in der Neuzeit in ihrer ganzen Bedeutung erkannt und entwickelt worden sind. Es steht zu erwarten, daß sie sich in der künftigen Gesetzgebung eine immer größere Bedeutung erringen werden. Mit Recht sagt v. Gierke in dem soeben erschienenen dritten Bande seines deutschen Privatrechts S. 914: „Es erscheint gerecht, daß der Unternehmer, dem die Vorteile aus dem Betriebe zufließen, auch das in dessen Gefährlichkeit begründete Risiko trägt.“[1])

[1]) Dem folgenden Satze, daß die Schadenszufügung unter den Begriff der unerlaubten Handlung falle, kann ich nicht zustimmen, und ich halte es nicht für glücklich, daß im BGB. die unechten Delikte mitten unter die echten gestellt sind.

VI.

Zur Entwicklung der Doppel-Urkunde in ptolemäischer Zeit.

Von

Dr. jur. et phil. **Ernst Schönbauer**
in Wien.

Mit gütiger Erlaubnis meines verehrten Lehrers Prof. Schubart, des Vorstandes der Papyrus-Sammlung im kgl. Museum zu Berlin bin ich in der Lage, den Papyrusforschern eine unveröffentlichte Doppel-Urkunde aus dem 3. Jahrhundert v. Chr. vorzulegen, die mir wegen ihrer Form beachtenswert erschien. Ich hoffe, damit eine Erörterung der Frage der Doppel-Urkunde anzuregen.

Die Urkunde P. 11773 stammt aus der Papyrus-Kartonnage, die 1910 für die Berliner Sammlung erworben wurde. Das Blatt ist 31,5 cm breit und 16 cm hoch. Die kursive Schrift läuft in senkrechter Richtung zu den Horizontalfasern auf Rekto; die Zeilen haben deshalb nur eine Breite von etwa 15 cm. Eine Selisklebung ist deutlich wahrnehmbar. Auf dem Verso stehen Bruchstücke eines literarischen Textes, in späterer Zeit in der Richtung der Horizontalfasern geschrieben. Daneben findet sich aber auch noch ein Vermerk, der in der verkehrten Richtung des Rekto-Wortlautes geschrieben ist und zu dieser Urkunde gehört.

Die Urkunde hat folgenden Wortlaut:

1. *Βασιλεύοντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου καὶ Βερενίκης θεῶν Εὐεργετῶν ἔτους ὀγδόου*
2. *ἐφ' ἱερέως Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου τοῦ Στασικράτους Ἀλεξάνδρου καὶ θεῶν Ἀδελ-*
3. *φῶν καὶ θεῶν Εὐεργετῶν καὶ θεῶν Φιλοπατόρων, κανηφόρου Ἀρσινόης Φιλαδέλφου Ἀρσινό-*
4. *ης τῆς Σωσιβίου μηνὸς Αὐ̣δ̣ν̣α̣ί̣ο̣υ̣ ἐν Θώλθει τοῦ Ὀξυρυγχίτου νομοῦ· Ἐδάνεισεν Νεοπτόλε-*

5. *μος Νουμηνίου Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς Θεοκλεῖ Κορινθίωι τῶν Φίλωνος ἰδιώτηι ὀ̣λ̣υ-*
6. *ρῶν ἀρτάβας πεντήκοντα. Ἀποδότω δὲ Θεοκλῆς Νεοπτολέμωι τὸν σῖτον*
7. *τοῦτον ἐπὶ μηνὶ Δ̣ύ̣σ̣τρωι τοῦ ἐνάτου ἔτους ὀλυρὰν καθαρὰν καὶ ἄδολον μέτρω̣ι̣*
8. *χοι τῶι Ἀριστολόχου μετρήσει δικαίαι καὶ ἀπενανκάτω εἰς τ̣ὰ̣ Νεοπτολέμου ἰ-*
9. *δίω̣[ι ἀ]ν̣ηλώμα̣[τι· ἐ]ὰν̣ δὲ μὴ ἀποδῶι κατὰ τὰ γεγραμμένα ἀποτει-*
10. *σάτω̣ Ν̣εοπτολέμω[ι τιμ]ὴν τῆς ἀρτάβης ἑκάστης τῶν ὀλυρῶν δραχμὰς τ̣έ̣σ̣-*
11. *σαρας κ̣α̣ὶ̣ ἡ̣ [πρᾶ]ξις ἔ̣σ̣τ̣ω Νεοπτολέμωι παρὰ Θεοκλ̣έ̣ους πράσσο̣ντ̣ι̣ κατὰ τὸ̣*
12. *διάγραμμα. ἡ δὲ συγγραφὴ ἥδε κυρία ἔστω οὗ ἂν ἐπιφέ̣ρ̣η̣τ̣α̣ι̣. Μάρτυρες·*
13. *Βασιλεύοντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμα̣ί̣ο̣υ̣ καὶ Βε*

3 ½ cm Zwischenraum.

14. *Βασιλεύοντος Πτολεμαίου το̣ῦ̣ Π̣τ̣ο̣λ̣ε̣μ̣α̣ί̣ο̣υ̣ κ̣α̣ὶ̣ Βερεν̣ί̣κ̣η̣ς̣ θ̣ε̣ῶ̣ν̣ Ε̣ὐ̣-*
15. *εργετῶν ἔτους ὀγδόου ἐφ' ἱ̣ε̣ρ̣έως Πτολεμαίου τοῦ Πτ̣ο̣λ̣ε̣-μ̣αίου*
16. *τοῦ Στασικράτους Ἀλεξάνδρου καὶ θεῶν Ἀδελφῶν καὶ θ̣ε̣ῶ̣ν̣ Εὐ-*
17. *εργετῶν καὶ θ̣ε̣ῶ̣ν̣ [Φιλοπατόρων, κανηφόρου Ἀρσινόης]*
18. *Φιλαδέλφου Ἀρσιν[όης τῆς Σ]ω̣σ̣ι̣β̣ί̣ο̣υ̣ μη[νὸς Αὐδ]ν̣[αίου ἐν Θώλ-]*
19. *θει τοῦ Ὀξυ̣[ρ]υγχίτου νομο̣ῦ̣. [Ἐδάνεισεν Νεοπτόλε-]*
20. *μ̣ο̣ς̣ Ν̣ο̣υ̣μ̣η̣ν̣ίου Πέρσης τῆς ἐπιγονῆ̣ς̣ [Θεοκλεῖ]*
21. *Κορινθίωι τῶν Φίλωνος ἰ̣διώ[τηι ὀλυρῶν ἀρτάβας πεντή-]*
22. *κοντα· Ἀποδότω δὲ Θεοκλῆς Νεοπτο[λέμωι τὸν σῖτον]*
23. *τοῦτον ἐπὶ μηνὶ Δύστρωι τοῦ ἐνά̣του ἔτου[ς] ὀ̣λ̣υ̣ρ̣ὰ̣[ν καθα-]*
24. *ρὰν καὶ ἄδολον̣ μέτρωι χοι τῶι Ἀ̣ρ̣ι̣σ̣τ̣ο̣λ̣[ό]χ̣ο̣υ̣ [μετρήσει]*
25. *δικαίαι καὶ ἀπενενκάτω εἰς τὰ Νεοπτο[λ]έμ[ου ἰδίωι]*
26. *ἀνηλώματι· ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶ̣ι [κατ]ὰ τὰ [γεγραμμένα]*
27. *ἀποτεισάτω Θεοκλῆς Νεοπ̣τ̣ο̣λ̣έ̣μωι τ̣ι̣[μὴν τῆς ἀρ-]*

Zeile 8 und 25 l. *ἀπενεγκάτω.*

28. τάβης ἑκάστης τῶν ὀλυρῶν [δ]ρα[χ]μὰς τ[έσσαρας.]
29. καὶ ἡ πρᾶξις ἔστω Νεοπτολέμωι πα[ρὰ] Θε[ο]κ[λέους πράσ-]
30. σοντι κατὰ τὸ διάγραμμα· Ἡ δὲ συγγραφὴ [ἥδε κυρία]
31. ἔστω οὗ ἂν ἐπιφέρηται. Μάρτυρες·
32. Μενέδημος Μενάνδρου Θεσσαλὸς τῆς
33. ἐπιγονῆς τῶν κεκληρουχημένων
34. τῆς κάτω τοπαρχίας τῆς ὑπὸ Τηλ[έμαχον?]

Auf dem Verso ist zu lesen:

⌊η Δάνει[ον]
Θεο[κλ]η . λ . [?

Die Lesung des Wortlautes bietet große Schwierigkeiten, da zahlreiche Stellen, besonders der rechten Hälfte, abgescheuert sind. Nur mit Spiegel und Lupe ist die Schrift vielfach noch lesbar.

Inhaltlich bietet der Vertrag wenig Bemerkenswertes, da er in den wesentlichen Punkten mit Hibeh 84a (= Mitteis, Chrest. Nr. 131) übereinstimmt. Die vorliegende Urkunde über ein Getreidedarlehen ist aber volle 70 Jahre später geschrieben. Sie fällt in das 8. Jahr des Königs Ptolemaios IV. Philopator; dies ist das Jahr 215/4 v. Chr. Damit stimmen auch die Namen des eponymen Alexander-Priesters und der Arsinoe-Priesterin überein. Plaumann („Die Priester im eponymen Herrscherkult des hellenistischen Ägypten“ in Pauly-Wissowa, R.-E. VIII, S. 1444) wies bereits für dieses Jahr die Namen: *Πτολεμαῖος τοῦ Πτολεμαίου τοῦ Στρασικράτους* und *Ἀρσινόη τῆς Σωσιβίου* aus einem unveröffentlichten Pap. Gradenwitz nach. Unsere Urkunde bezeugt die Richtigkeit seiner Lesung.

In einer anderen Tatsache weichen aber diese beiden Papyri voneinander ab. Der Pap. Gradenwitz stellt neben einem demotischen Londoner Papyrus (Revillout, Rev. ég. I, 135; vgl. Plaumann, 1431) den ältesten Beleg dafür dar, daß Philopator damals die *θεοὶ Σωτῆρες* dem Alexanderkulte angeschlossen hatte. Schon früher und zwar zwischen dem 5. und 7. Jahre war dies mit den *θεοὶ Φιλοπάτορες* geschehen. Während diese *θεοί* aber auch in unsrer Urkunde begegnen, fehlen die *θεοὶ Σωτῆρες*. Dies ist um so bemerkenswerter, als der Pap. Gradenwitz aus dem Monate *Δῖος* stammt, mithin etwa 2 Monate älter ist als unser Papyrus. M. E. erklärt sich diese

Tatsache am leichtesten, wenn wir annehmen, daß die *θεοὶ Σωτῆρες* erst kurz vorher, etwa im *Δῖος* des achten Jahres, in den Kult eingeführt worden waren und diese Neuerung unserm Urkundenschreiber in Tholthei noch nicht bekannt oder geläufig war.

Wie P. Hibeh 84a stellt der vorliegende Papyrus eine Doppel-Urkunde dar. Er weist aber einige Merkwürdigkeiten auf. Schon die Form ist auffallend. Ganz oben knapp am Rande beginnt der Innentext in sehr kleiner, enger Schrift und wird erst von der 4. Zeile an größer und weiter. Die Schrift ist ziemlich stark kursiv, besonders am Anfange. In 13 Zeilen ist der Innentext vollendet. Dann beginnt — ohne Zwischenraum — eine neue Zeile, deren Schrift größer und weniger kursiv ist und ganz mit dem Schriftcharakter der Außenfassung übereinstimmt. Mitten in dem Worte *Βε[ρενίκης]* ist aber der Zeilentext zu Ende und findet keine Fortsetzung. Vielmehr folgt nach einem großen Zwischenraum die normale schön geschriebene zweite Fassung. In 18 Zeilen ist der Wortlaut gleichlautend mit der Innenschrift gebracht; nur ist diese Fassung sorgfältiger, da in Zeile 10 der Innenschrift *Θεοκλῆς* nach *ἀποτεισάτω* ausgelassen ist. Nach der Außenschrift steht in 3 Zeilen die Unterschrift eines Mannes, namens Menedemos. In der dritten Zeile können nur wenige Buchstaben fehlen. Trifft die Ergänzung *Τηλ[έμαχον]* das Richtige, so war damit die Zeile schon ausgefüllt.

Alle drei Teile sind von der gleichen Hand geschrieben, die ersten 13 Zeilen ziemlich flüchtig.

Bemerkenswert ist die Raumverteilung: die 13 Zeilen der Innenschrift nehmen 7 cm in Anspruch, die Außenschrift umfaßt etwas mehr als 13 cm, mit den folgenden drei Zeilen nicht ganz 17 cm. Etwa 3 ½ cm bleiben noch am unteren Rande frei.

Auffallend ist auch der Umstand, daß die Zeugen nicht mit Namen angeführt sind. Man könnte nun auf die Vermutung kommen, es läge nur eine Abschrift oder ein Entwurf vor, bei dem die Zeugennamen der Kürze halber wegblieben. Daß dies aber nicht zutrifft, geht schon — abgesehen von anderen Umständen — aus der Tatsache hervor, daß man das Blatt ähnlich wie die Eleph.-Papyri behandelte.

Dies zeigen uns noch deutlich die Bruchlinien. Die Innenschrift (Zeile 1—14 + 1 cm) wurde dreimal geknifft; darunter sieht man noch das Loch, durch das die Verschnürungsfäden gezogen wurden. Auch der Außentext wurde gefaltet. Die Oberseite war nun 16 cm breit und nur 3—4 cm hoch. Jetzt wurde die Urkunde nochmals in der Mitte abgebogen. Erst auf die so verkleinerte Oberseite (8 cm × 3 bis 4 cm) setzte man den Vermerk, der uns auf dem Verso erhalten ist. — Vollends sicher ist aber der Charakter des Blattes durch eine Parallel-Urkunde derselben Zeit aus demselben Orte, ja m. E. sogar von derselben Hand. Es ist dies P. Hamb. 26. Die Lesung *Θ̣[ώλθ]ε̣ι̣* durch den Herausgeber P. M. Meyer ist nun gesichert. Der Hamb. Papyrus ist ein wenig älter. Er stammt noch aus dem 7. Jahre. — Mit Hilfe des Berl. P. läßt sich nun auch entscheiden, was der Hg. noch offen ließ: daß in Zeile 4 nur zu lesen ist: *Μάρτυ[ρες]* ohne ihre Zahl. Da ich auf Grund einer kurzen Schriftvergleichung denselben Schreiber annehme, so ist auch für Hamb. 26 m. E. wahrscheinlich, daß sich in der Außenschrift nach dem Worte: *Μάρτυρες* in gleicher Weise *Μενέδημος* unterzeichnete. —

Derselbe Aristolochos, nach dessen Maße hier das Getreide gemessen werden soll, tritt uns im Hamb. 26 als einer der Vertragschließenden entgegen: Er ist *τοῦ Στρατίου Θρᾶξ τῆς ἐπιγονῆς*. — Wie der Korinthier Theokles im Berl. Stücke, so gehört im Hamb. 26 der eine Vertragsteil: *Ζωπυρίων Αρείου* als *ἰδιώτης* zu den Leuten des Philon. — Es handelt sich also um denselben Personenkreis in Tholthei. Wer ist nun der in der Außenschrift genannte *Μενέδημος*? M. E. ist er der Urkundshüter, der auch den ganzen Wortlaut geschrieben hat. Daß dieser öfters nicht unter die 6 Zeugen gerechnet ist und sich auch in der Siegelreihe von ihnen abhebt, indem er als dritter unter den beiden Vertragsparteien siegelt, ist bekannt. Auffällig ist, wie gesagt, hier nur der Umstand, daß die Zeugen im Texte überhaupt nicht mit Namen genannt sind.

Am meisten Ähnlichkeit scheint mir noch die Innenschrift der Doppel-Urkunde P. Rein. 22 zu haben. Dort heißt es in Zeile 10: *ἡ συγγρα(φὴ) ἥδε* [wohl zu ergänzen nach B.: *κυρία ἔστω πανταχῆ ἐπιφερομένη*]. *Ἀπολλώνιος*. Dann be-

ginnt die zweite Fassung von anderer Hand. Derselbe Apollonios begegnet uns in Zeile 26 als erstgenannter Zeuge, dann aber auch, was wichtiger ist, Zeile 35 in eigenhändiger Unterschrift: [*Ἀπολλώ*]*νιος* [*ἔχω*] *κυρία*[*ν*]. Es ist also seine Eigenschaft als Urkundshüter ausdrücklich bezeugt, ohne daß er als *συγγραφοφύλαξ* bezeichnet wäre. Hier besteht insofern eine Ähnlichkeit, als in der Innenschrift nur der Urkundshüter genannt ist, die Zeugen aber nicht angeführt sind. —

In unserer Urkunde könnte man allenfalls annehmen, daß die Bezeichnung *συγγραφοφύλαξ* in Zeile 31 vor der Unterschrift des *Μενέδημος* gestanden hätte. Der Platz würde hierzu reichen. Das Wort könnte verloren sein, da der Papyrus an dieser Stelle etwas abgefasert ist. Doch vermag ich keinerlei Schriftspur dort zu sehen, so daß ich lieber annehme, das Zeilenende sei unbeschrieben gewesen.

Es bleibt noch die Hauptfrage zu erörtern, wie man die eigentümliche Form des Urkundswortlauts erklären solle. Drei Erklärungen scheinen mir möglich: 1. Der Urkundsschreiber begann den Wortlaut mit Zeile 14 zu schreiben und ließ für die erste Fassung etwa 11 cm frei. Daß ihm die zweite Fassung die Hauptsache war, zeigt die ganze Behandlung völlig klar. Nachdem er die Außenschrift möglichst schön und deutlich vollendet hatte, begann er in flüchtigerer Schrift den Innentext. In der Besorgnis, zu nahe an den Außentext heranzukommen, was das Siegeln gestört hätte, begann er vorsichtigerweise sehr klein und enge zu schreiben. Erst als er bei Zeile 4 erkannte, daß keine Gefahr für die Siegelung bestehe, da noch reichlich freier Raum vorhanden war, schrieb er größer und setzte die Buchstaben in größeren Abständen.

Wieso kam er aber dann dazu, nochmals, also nach dieser Deutung zum dritten Male, den Text zu schreiben? Wir müßten annehmen, daß der Schreiber ein berufsmäßiger Urkundenaufsteller war, der die Texte mehr oder weniger mechanisch schrieb, ohne sich viel Gedanken zu machen, und daß er ferner nach einer Vorlage, wohl einem Formular schrieb, bei dem er nur die jeweiligen Namen je nach den Urkunden einsetzen mußte. Betrachtet man die Fassung von P. Hib. 84a, der 70 Jahre vorher abgefaßt ist, so sieht man

eine so auffallende Ähnlichkeit auch in der Fassung, daß man sie am leichtesten auf Formulare zurückführen kann. —

Nach dieser Vorlage hätte unser Schreiber gedankenlos weitergeschrieben, nachdem er den Innentext vollendet hatte, Erst als er dies nach Vollendung einer Zeile bemerkte, hätte er den Wortlaut abgebrochen; so könnte man wohl die Form begreiflich machen.

2. Man könnte auch annehmen, der Schreiber habe mit Zeile 1 den Text begonnen. Da ihm an der Form der Innenschrift wenig gelegen war und das Blatt für beide Fassungen reichen sollte, schrieb er anfangs sehr klein. Je mehr er später erkannte, daß der Raum ausreiche, desto größer und deutlicher wurde seine Schrift. Nach der ersten Fassung hätte er nach dieser Annahme in Zeile 14 sofort mit der zweiten begonnen. Nachdem er aber eine Zeile geschrieben hatte, habe er die weitere Niederschrift unterbrochen, sei es, daß es ihm nicht schön erschien, die Außenschrift unmittelbar anzufügen oder — was wahrscheinlicher erschiene — daß er mehr Platz für die Verschnürung schaffen wollte. So hätte er 3 ½ cm freigelassen und dann neu mit dem Wortlaute angesetzt.

3. Denkbar wäre auch folgendes Vorgehen des Schreibers: Er begann mit Zeile 14 und ließ sich für die Innenschrift den oberen Raum offen. Nachdem er eine Zeile vollendet hatte, schien ihm der obere Raum für die Innenschrift zu klein. Deshalb brach er ab und setzte 3 cm tiefer an. Nach Fertigstellung der zweiten Fassung habe er sich erst dem Anfange zugewendet.

Allen drei Erklärungsmöglichkeiten stehen Bedenken entgegen: Gegen die erste kann man einwenden, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Schreiber trotz des schon geschriebenen Außentextes nochmals nach einer Vorlage eine neue Fassung in Zeile 14 begann. Die Annahme wäre wahrscheinlicher, wenn er in flüchtiger Schrift fortgefahren wäre; dann könnte man eher an ein gedankenloses Weiterschreiben glauben. Hier setzte aber der Schreiber in Zeile 14 mit der sorgfältigeren und schöneren Schrift ein. Unter diesen Umständen mußte er dem Texte aber doch mehr Aufmerksamkeit zuwenden, als daß man aus der Unachtsamkeit die Fehlzeile erklären könnte.

2. Bei der zweiten Erklärung kann man einwenden, daß der Schreiber bei Beginn der 4. oder 5. Zeile doch noch gar nicht so sicher beurteilen konnte, daß der Raum für die folgenden 27 Zeilen gut reichen würde. Erkannte er dies aber hier so trefflich, dann sieht man nicht ein, warum er nicht schon bei Zeile 1 über die Raumverteilung im klaren war. — Zweitens ist es nicht wahrscheinlich, daß ein Schreiber, der offenbar nicht vereinzelt Doppel-Urkunden aufstellte, es ganz übersehen haben sollte, zwischen der ersten und zweiten Fassung den gewohnten freien Raum (siehe Eleph.-Papyri, Hibeh 84 a) zu beachten. Daß er es auch nicht aus Unachtsamkeit könne übersehen haben, zeigten wir schon oben aus dem Schriftcharakter. Auch wäre es sehr auffallend, wenn er jetzt so sicher den Raum beurteilt hätte, daß er ohne Bedenken 3 ½ cm frei ließ — ungerechnet die Fehlzeile —, ein Zwischenraum, der für das Längenverhältnis des Blattes auffallend groß ist.

3. Gegen die letztgenannte Deutungsmöglichkeit wird man einwenden, daß es sehr merkwürdig wäre, wenn dem Schreiber die nachträgliche erste Fassung so zu schreiben geglückt wäre, daß sich diese mit ganz normalem Zeilenzwischenraum an die schon geschriebene Zeile 14 angeschlossen hätte, daß nicht nur die Zeile 13 mit dem Worte *Μάρτυρες* gerade zu Ende ging, sondern auch die räumliche Verteilung der Zeilen den Eindruck erweckt, als ob sie ohne Rücksicht auf einen bestimmten Endpunkt abgefaßt seien.

Prüfen wir diese drei genannten Möglichkeiten auf ihre Wahrscheinlichkeit, so ist m. E. die letzte den anderen vorzuziehen. So erklärt es sich wohl am leichtesten, daß Zeile 14 denselben Schriftcharakter zeigt wie die folgenden. So findet auch der große Zwischenraum seine Erklärung; der Schreiber wollte für die Innenschrift auf jeden Fall genug Raum lassen. Daß diese Fassung genau mit Zeile 13 zu Ende geht, dürfte Zufall sein. Wäre das nicht der Fall gewesen, so hätte dies m. E. dem Schreiber kein Kopfzerbrechen verursacht. Er hätte den Text nach der Fehlzeile fortgesetzt, so daß diese mitten im ersten Wortlaut gestanden wäre. Daß es ihm bei dieser Fassung nicht auf die Form ankam, zeigt ja das Aussehen. Und die Fehl-

zeile stand wirklich in dem Innenteil der Urkunde; denn die Löcher sind erst etwa 1 cm tiefer. So besteht nur insofern ein Unterschied, als jetzt die Fehlzeile der ersten Fassung folgt und nicht eingeschoben ist. Auf jeden Fall hob sie sich schon äußerlich ab. Den Wert der Innenschrift konnte sie nicht beeinträchtigen, mochte sie an welcher Stelle immer stehen.

So kämen wir zu dem Schlusse, daß unsere Urkunde den ältesten Beleg für die Tatsache liefert, daß in Zeugen-Urkunden[1]) schon am Ende des 3. Jahrhunderts v. Chr. der Außentext als das Hauptexemplar behandelt werden konnte, daher sorgfältiger abgefaßt (siehe die Auslassung in der 1. Fassung!) und schöner geschrieben wurde, und daß in Doppel-Urkunden schon damals die zweite Fassung zuerst hergestellt werden konnte, falls dies nicht sogar die Regel bildete. Auch eine Verkümmerung der Innenschrift ist in dieser Zeugenurkunde bereits bemerkbar, insofern als die Unterschrift des Hüters nur in der Außenschrift erscheint. Auch für diese Entwicklung der Innenschrift in Zeugen-Urkunden stellt unser Stück den ältesten Beleg dar. Kurze Exzerpte sind für andere Urkunden schon im 3. Jahrhundert mehrfach bezeugt, wie Wilcken (Arch. f. P.-F. V 204) treffend hervorgehoben hat.

Wir gingen dabei von der Annahme aus, daß die Außenschrift zuerst verfaßt wurde. Ein Beweis ist dafür natürlich nicht zu erbringen. Aber es scheinen mir doch Tatsachen vorzuliegen, die die Wahrscheinlichkeit bekräftigen. Ich weise vor allem auf die Form von P. Amh. 42 aus dem Jahre 179 hin; diese Doppel-Zeugen-Urkunde zeigt eine Außenschrift, die sehr kursiv ist (siehe Tafel VIII im Amh.-Bande); die Zeilenabstände sind aber ziemlich gleichmäßig, ebenso der Zwischenraum zwischen den einzelnen Buchstaben. Dagegen weist die Innenschrift, die noch mehr kursiv gehalten ist, die Eigentümlichkeit auf, daß 14 Zeilen ziemlich gleichmäßig weit geschrieben sind, die letzten 5 Zeilen aber immer enger und kleiner werden. Wie ist das zu erklären? Doch wohl nur so, daß der Schreiber mit der zweiten Fassung begann,

[1]) Ich vermeide den Ausdruck „Hüter-Urkunde" und folge dabei den Ausführungen von Jörs (diese Zeitschr. XXXIV, 114, 2).

nachdem er etwa 10 cm für die Innenschrift freigelassen hatte. Er hatte sich aber in der Schätzung des nötigen Raumes geirrt. Obwohl er hier die Zeilen länger machte als in der zweiten Schrift, kam er mit den letzten Zeilen schon so enge an diese Fassung, daß er gezwungen war, die Buchstaben so fürchterlich zusammenzudrängen. (Bezeichnenderweise erklärten sich solche Meister wie Grenfell und Hunt außerstande, die Schrift der letzten Zeilen zu lesen.) Bei dieser Zeugen-Urkunde erscheint mir also die Tatsache so gut wie sicher, daß die Außenfassung als Hauptteil zuerst geschrieben wurde. Immerhin könnte man einwenden, daß diese Urkunde schon aus dem 2. Jahrhundert stamme und Rückschlüsse für das 3. Jahrhundert nicht gestattet seien. — Da kommen uns aber unveröffentlichte Doppel-Urkunden des Berliner Museums zu Hilfe. Professor Schubert hatte die große Güte, sie zur Prüfung meiner dargestellten Meinung aus den Beständen herauszusuchen. Es handelt sich um die Stücke P. 13433 bis 41. Sie stammen aus dem 26. bis 29. Jahre des Philadelphos. P. 13439 ist ein Eid, alle anderen Urkunden stellen Quittungen von Kleruchen über Saatdarlehen dar. Bei mehreren Stücken ist die Doppel-Fassung noch erhalten, so daß sie auch bei den zerstörten gesichert ist. In allen Fällen ist es bezeichnend, daß keine Exzerpte vorliegen, wie sie Wilcken a. a. O. schon für manche Urkunden des 3. Jahrhunderts erwiesen hat. Der Text der Innenschrift ist wie in unserem Papyrus und wie in Amh. 42 vollständig. Bezüglich der äußeren Form läßt sich aber folgendes feststellen: In P. 13433 ist die Innenschrift bedeutend flüchtiger und enger, daher der Raum der ersten Fassung geringer (Jahr 260/59). Die Zeilen der Innenschrift sind auch zum Teile nach rechts aufsteigend. Ähnlich, wenn auch unauffälliger ist es bei den Parallelstücken; am stärksten ist aber die Verkümmerung der Innenschrift bei P. 13438 aus dem Jahre 257/6. Die erste Fassung ist nicht mehr ganz erhalten. Immerhin kann man aus dem erhaltenen Teile ersehen, daß sie kaum den halben Raum in der langen schmalen Kolumne eingenommen hat im Vergleiche zur Außenschrift. In dieser sind die Buchstaben sorgfältig geformt, die Zeilenabstände gleichmäßig etwa 1 cm groß. Die erste Fassung aber zeigt

sehr flüchtige Schrift und die Zeilenabstände sind auffallend unregelmäßig. Die erhaltenen Zeilen treten gegen Schluß ganz nahe aneinander heran und erst in den allerletzten, in denen die Zahlen wiedergegeben sind, wird die Schrift größer und der Abstand weiter. Man wäre geneigt, für die beiden Fassungen verschiedene Hände anzunehmen (so E. Lobel in der Museumsabschrift). Trifft dies zu, was mir allerdings nicht ganz sicher erscheint, dann kann man wohl für die Reihenfolge der Herstellung nur annehmen, daß zuerst die Außenfassung, dann die Unterschrift des Empfängers und erst am Schlusse die Innenfassung geschrieben wurde. Aber selbst wenn man für die zwei Fassungen nur annimmt, daß sich der Schreiber bei der zweiten alle Mühe gab, sich bei der ersten aber völlig gehen ließ, erscheint mir die angegebene Reihenfolge als die wahrscheinlichste mit Rücksicht auf die äußere Form.

So viel steht also fest, daß schon um die Mitte des dritten Jahrhunderts bei voll ausgeführten Doppelurkunden [1]) die Außenschrift — mindestens in der Regel — als die Original-Urkunde galt, was in Form und Ausstattung klar hervortrat. Das war nicht immer der Fall. Die Elephantine-Papyri zeigen noch die erste Urkunde formal gleichgestellt, inhaltlich aber sorgfältiger, mithin als die Haupturkunde. In Hibeh 84a sind die beiden Fassungen noch etwa gleichwertig.

Wie erklärt sich diese Erscheinung? Sie wird verständlich, wenn man annimmt, daß die Doppelurkunde bei den Griechen in Ägypten noch nicht lange vor 311 v. Chr. (Eleph. I) eingeführt wurde. So kommt man zu der Meinung, die schon Gerhard im Philologus 63, 500 ausgesprochen hat, diese Urkundeneinrichtung sei mit den Alexanderzügen aus dem Oriente in die hellenistische Welt verpflanzt worden. Daß sie nicht nur in Ägypten Eingang fand, zeigt deutlich die von Mitteis in dieser Zeitschr. XXXVI, 425 ff. besprochene Doppel-Urkunde aus Kurdistan, die aus dem 1. Jahrhundert v. Chr. stammt.

---

[1]) Die von Wilcken a. a. O. erwähnten Exzerpte lasse ich beiseite, da sie m. E. nicht als formelle Doppel-Urkunden aufgefaßt wurden.

Als Ursache der Verkümmerung der ägyptischen Doppelurkunde nahm Gerhard die amtliche Registrierung und vor allem die Konkurrenz der Chirographie im 2. Jahrhundert v. Chr. an. Daß dies ein Irrtum war, zeigen die oben besprochenen Urkunden. M. E. findet die Tatsache darin ihre Erklärung, daß die Innenschrift selten praktische Bedeutung in der Beweisführung gewann, daß die Griechen Ägyptens in der Regel der Außenschrift vertrauten, so daß die meisten Innenschriften überhaupt nie eröffnet wurden. Damit mußte der Anlaß zur sorgfältigen Ausführung immer mehr schwinden. War der Urkundshüter auch zugleich der Schreiber der Urkunde, so genügte es, wenn er sie selbst lesen konnte. Mit einer Eröffnung der innern Schrift rechnete man offenbar immer weniger.

So hatte m. E. der Prozeß der Verkümmerung der Doppel-Urkunde schon begonnen, als in der *χώρα* die *ἀναγραφή* ins Leben trat. Schon Wilcken hat im Arch. f. Pap.-F. III, 523 hervorgehoben, daß es bei der *ἀναγραφή* immer der Grapheionbeamte war, der die Innenschrift und den *ἀναγραφή*-Vermerk auf die Urkunde setzte. Dies ist seither anerkannt.

Daß es aber bei Notariatsurkunden genau so war, glaube ich an einem der schönsten Stücke, BGU 993 beweisen zu können. Hier finden wir die verkürzte Innenschrift an der linken Seite, dann den vollständigen Wortlaut in breiten Kolumnen, schließlich die Quittung des Trapeziten. Ein anderes Stück P. 9079 bietet den Wortlaut ohne die linke Kolumne. Bezeichnend scheint mir nun folgende Tatsache: Kolumne II und III ist schöne, deutliche Kanzleischrift; dieselbe erscheint in 9079. Kolumne IV ist von zweiter Hand mehr kursiv und abgekürzt geschrieben. Die Kolumne I aber zeigt eine fürchterliche Schrift — ganz ähnlich wie diese Vermerke auf anderen Urkunden —, so daß man ohne den folgenden Wortlaut so gut wie nichts lesen könnte. Dieselbe Hand aber hat den Vermerk in ebensolcher Schrift nach Kolumne III gesetzt: *Ἀπολλώ(νιος) καὶ Σαρ(απίων) κεχρη(ματίκαμεν)*; nur *χρη* ist dabei etwas deutlicher zu sehen, alles andere ganz kursiv. Dagegen stammt auf P. 9079 auch dieser Vermerk von der 1. Hand

und ist daher viel deutlicher geschrieben, wenn auch abgekürzt.

Den Vertrag hat demnach in Kolumne II und III m. E. ein Angestellter der Notariatskanzlei geschrieben; der Agoranom ist in seiner Funktion als Notar[1]) nichts anderes als staatlich autorisierter Urkundserrichter und er kann sich in dieser Eigenschaft vertreten lassen, nicht aber m. E. in der anderen Funktion als Publizitätsbeamter. Als solchen zeigt ihn der Vermerk nach III und die Kolumne I. Zeitlich folgte also der Urkundserrichtung (II und III) die Zahlung und Quittierung der Umsatzsteuer, dann erst die Amtshandlung des Agoranomen als staatlichen Publizitätsbeamten. —

Daß bei diesen Urkunden die verkümmerte Innenschrift nicht mehr oben, sondern links erscheint, hängt nur mit der Größe des beschriebenen Blattes zusammen. Ein Blatt, das wie das vorliegende 85 cm breit ist, läßt sich nicht so behandeln wie die kleinen Formate der früheren Urkunden. Dies ist keine Eigentümlichkeit der Notariats-Urkunde.[2])

Die zweite Ausfertigung der Kolumnen II, III und IV in P. 9079 von der Hand desselben Notariatsschreibers zeigt noch eine Eigentümlichkeit. Sie hat im Gegensatze zur unseren einen Verso-Vermerk.[3]) Das weist darauf hin, daß wir ein *ἐκδόσιμον* an die Partei vor uns haben.

Ist für alle agoranomischen Urkunden die oben geschilderte amtliche Behandlung anzunehmen? M. E. trifft es nur bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften zu, die kraft zwingender Vorschrift des Gesetzes *ἀναγραφή*-pflichtig waren.

---

[1]) Über die Notwendigkeit der Scheidung beider Funktionen Näheres in meiner demnächst erscheinenden Schrift „Die Inschriften von Vipaska in ihrer Bedeutung für die Rechtsgeschichte".

[2]) So auch jetzt Wilcken mündlich unter Hinweis auf die Zois-Papyri, die er in den UPZ besprechen wird.

[3]) Das erste Wort scheint *ὠν(ή)* zu heißen. Trifft dies zu, so hätten wir ein Gegenstück zu Grenf. 1, 27, wo auch von einer *ὠνή* im Trapezitenvermerk gesprochen wird, ohne daß m. E. ein Kauf vorliegt (siehe auch Mitteis Chr. II, Nr. 156). Wie es sich in BGU 993 um eine Schenkung auf den Todesfall handelt, so ist Grenf. 1, 27 als Urkunde über eine Erbabfindung aufzufassen (vgl. Schwarz „Homologie und Protokoll" 34, 4). Daher keine Erwähnung der Kaufs-causa und das *πτῶμα* im Anhange. Von einer „Auflassung" kann m. E. keine Rede sein; schon die Zeugen weisen auf eine Ähnlichkeit mit einem Testamente.

Das waren vor allem sicher alle Rechtsgeschäfte, die die Eigentumsübertragung von Immobilien bezweckten.[1]) (Siehe die Bestimmungen des Pap. Hal. 1 über Immobilienkauf.) —

Die Entwicklung der Doppel-Urkunde scheint sich also folgendermaßen darzustellen: Ursprünglich wurde die versiegelte Innenschrift als Original-Urkunde angesehen. Die Außenschrift war eine vollständige Abschrift zum Zwecke der leichteren Einsicht.[2]) Schon im Laufe des 3. Jahrhunderts wendet sich das Verhältnis, indem die Außenschrift zur Haupturkunde emporsteigt; von da an stellt sich die Innenschrift als ein Beweismittel für die Echtheit und Unverfälschtheit der äußern dar.[3]) Daher tritt die Sorgfalt in der Herstellung immer mehr zurück.

Die Innenschrift schreibt in der Regel der Urkundshüter, der meist auch den Außentext verfaßt. An die Stelle des Hüters tritt seit der *ἀναγραφή*-Verordnung der öffentliche Beamte des *γραφεῖον*, bei *ἀναγραφή*-pflichtigen notariellen Urkunden der Agoranom als staatlicher Publizitätsbeamter. Notarielle Urkunden treten uns aber erst im 2. Jahrhundert entgegen. Wenn Wilcken im Arch. V, S. 207 vermutungsweise aussprach, die Petrie-Soldaten-Testamente könnten aus der Agoranomie stammen und dies die Hg. des P. Hal. 11 jetzt bestimmt aussprechen, so liegt ein Irrtum vor. Der Agoranom war im 3. Jahrhundert noch öffentlich-rechtlicher Marktbeamter. Erst im 2 Jahrhundert scheint er zur Abfassung von öffentlichen Urkunden nach Analogie der ägyptischen Notare ermächtigt worden zu sein. Die Soldatentestaments-Abschriften stammen m. E. auch nicht aus einem *γραφεῖον*. Denn damals war die Doppel-Urkunde mit den Zeugen die formelle Urkunde, die keiner Behörde eingereicht

[1]) Bei diesen war die *καταγραφή* m. E. der öffentlichen Einsicht zugänglich. Daß die Ausführungen von Partsch über das Recht der *καταγραφή* (zu P. Freib. 8, S. 8 ff.) auf einem Irrtum beruhen, hoffe ich schon demnächst in einem Aufsatze zeigen zu können.

[2]) Bei einer Verschiedenheit des Inhaltes war die Innenschrift maßgebend.

[3]) Jetzt war die letztere maßgebend, sofern sie sich unverfälscht zeigte. Die Frage der Fälschung bei einer Verschiedenheit des Inhaltes der Fassungen zu entscheiden, war m. E. Sache der freien Beweiswürdigung. (Frage von Professor Jörs.)

zu werden brauchte. Die ältesten *ἀναγραφή*-Belege bei griechischen Urkunden in der *χώρα* sind mehr als ein Jahrhundert später. Die Abschriften von Soldaten-Testamenten können nur aus einem einzigen Amte stammen, der *σύνταξις* (*γραμματεία* bei Le Bas-Waddington 2781), der Militär-Kanzlei. Daß gerade bei Soldaten schon so frühe amtliche Abschriften der Testamente hergestellt wurden, kann uns bei diesem Berufe nicht wundern. Daß auch noch in der 2. Hälfte des 2. Jahrhunderts ähnlich vorgegangen wurde, zeigt der von Schubart in den Gött. G. A. 1913, 619 erwähnte Berliner Papyrus 13 399, wo als Kopfstück zu lesen ist:

κθ̄[1]) *Δίωνος Ἐλαίτου* *Διαθ(ήκη)*.

In den Petr.-Papyri erscheint bloß das Urkundsdatum ohne weitere Zusätze. Die Originale waren m. E. durchwegs volle Doppel-Urkunden (so auch Wilcken).

Unsere Urkunde erscheint aber außer für die Urkundenlehre noch für einen anderen Stoff sehr wichtig: ich meine die Frage der Kleruchie und der Leute *τῆς ἐπιγονῆς*. Auf sie will ich anhangsweise noch etwas eingehen. Betreffs des Zusatzes *τῆς ἐπιγονῆς* ist heute herrschende Lehre, daß damit der männliche Nachwuchs der *κληροῦχοι* bezeichnet sei, Erbanwärter auf den *κλῆρος* des Vaters. Mit dem Empfange des *κλῆρος* nach dem Tode des Vaters wird der Sohn *κληροῦχος* und der Militär-Kolonie-Organisation angegliedert (siehe Wilcken, Gr. 384; Lesquier 52—67; Meyer zu Hamb. 24, 18). Wilcken hob dabei hauptsächlich die Tatsache hervor, daß bei keinem Kleruchen in den Papyri der Ausdruck *τῆς ἐπιγονῆς* begegne, daß sich also scheinbar die beiden Begriffe ausschlössen. Höchst auffallend war bei dieser Hypothese nur die Tatsache, daß sich in den Papyri keine Spur für eine militärische Dienstpflicht der Leute *τῆς ἐπιγονῆς* findet, wie schon Schubart (G. G. A. 1910, 615) hervorgehoben hat. Lesquier vermutete, daß sie als Söhne der Kleruchen in den Regimentern der *ἐπίγονοι* geübt worden seien, und verglich diesen vermuteten Dienst mit der Ephebie. Aber wir finden für diese Annahme nicht die geringste Stütze. — Auch wenn Meyer a. a. O. sagt, die *ἐπιγονή* habe wohl schon vorher

---

[1]) Später als Tag der Urkundserrichtung genannt.

militärische Dienste geleistet, so müssen wir fragen, wann dieses „vorher" sein sollte. Es müßte doch die ἐπιγονή nach dieser Hypothese in der Regel bis zur Übernahme des κλῆρος Militärdienst geleistet haben. Mit Recht sagte daher Schubart a. a. O.: „Mir scheint, wir stehen noch immer vor einem ungelösten Rätsel."

Die herrschende Ansicht wird durch den Berliner Papyrus widerlegt. Denn Menedemos ist Thessaler τῆς ἐπιγονῆς und trotzdem τῶν κεκληρουχημένων. Sie war es aber m. E. auch schon durch Hamb. 26, wenigstens im Sinne des Herausgebers. Denn Aristolochos ist Thraker τῆς ἐπιγονῆς und wird doch mit dem Makedonen Straton τῶν οὔπω ὑφ' ἡγεμόνα genannt, was der Hg. dahin erklärt hatte, daß beide erst kurz vorher den κλῆρος bekommen hätten. Bei dieser Erklärung war es nicht möglich, die von Wilcken a. a. O. angenommene Hypothese zu übernehmen. — Nach Hamb. 26 hätte man allerdings auch annehmen können, Aristolochos sei kein Kleruch gewesen, weil dies nur bei Straton gesagt ist. Dann müßte man aber fragen: Wieso kann dieser Mann, der dem Militärverbande angehört, in Tholthei Verträge schließen? Da ist doch wohl seine Ansiedlung in diesem Orte die Voraussetzung. —

Etwas schwieriger gestaltet sich allerdings die Beweisführung, seit uns P. Freib. 7 ed. Gelzer gezeigt hat, daß κλῆροι an Soldaten nicht auf Lebenszeit verliehen zu werden brauchten. Gelzer nimmt dort an, daß die Verleihung auf ein Jahr erfolgt sei. Wilcken nimmt daran Anstoß[1]) und sagt, daß nichts von dieser Beschränkung im Wortlaute enthalten sei. In der Tat steht nicht dort, daß die Verleihung auf ein Jahr erfolgt sei, ja der Freib. Text allein würde m. E. auch nicht einmal eine Dauer-Verleihung ausschließen. Man könnte nämlich so erklären: Der Wortlaut zeigt uns wieder deutlich, daß die Kleruchen aktives Militär sind; hier sind es νεανίσκοι. Nach der Ernte ruft sie der König zum Dienste. Daß sie dort, mit allem Nötigen ausgerüstet,

---

[1]) mündlich. Auch brieflich an Gelzer (s. P. Freib. 7, Anm. 1). Herrn Geheimrat Wilcken bekenne ich mich übrigens für viele Anregungen zu Danke verpflichtet.

erscheinen können, ermöglicht ihnen der κλῆρος. Dazu muß er aber bestellt werden (gleichgiltig, durch wessen Arbeit) und deshalb wird dem Antipatros aufgetragen, die Feldbestellung zu überwachen. — Nach ihrer Dienstleistung beim Könige, z. B. nach einem angeordneten Feldzuge, kehren sie wieder auf den ihnen verliehenen κλῆρος zurück. — Mit einer solchen Erklärung würde sich der Wortlaut wohl vertragen.

Aber andere Quellen scheinen mir gegen die letztgenannte Deutung zu sprechen, vor allem die Urkunden Petr. III, 104 bis 106. Wilcken (Chr. I, Nr. 334) und scheinbar auch Partsch (Gelzer S. 65, Anm. 2) nehmen hier Dauerverleihung und daher Einziehung des κλῆρος an. Warum sollte aber die Einziehung bei den 10 Kleruchen stattgefunden haben? Daß es strafweise geschah, kann man kaum annehmen. Wilcken hat damals im Anschlusse an Rostowzew gemeint, daß die Kleruchen jetzt anderes Neu-Land bekommen hätten, um auch dieses fruchtbar zu machen. Schon Gelzer hat aber die Auffassung von der Rodungspflicht für das 3. Jahrhundert zurückgewiesen. In der Tat wäre es ja für einen Kleruchen unerträglich gewesen, sich nach dem Belieben des Königs als Meliorationsmaschine verwenden zu lassen. Und dazu darf man doch nicht vergessen, daß es sich nicht um verachtete Ägypter, sondern um Angehörige der bevorrechteten Klasse, vielfach Makedonen handelte. Von einer Rodungspflicht kann bei hellenischen Soldaten, die Feldzüge für den König unternehmen, keine Rede sein. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, daß in einem κλῆρος neben γῆ σπόριμος auch χέρσος sein konnte. Gerade P. Hib. 90, aus dem wir dies ersehen, zeigt, daß man das Ödland ruhig liegenlassen konnte. Denn der Kleruche verpachtet das Saatland, und man wird doch nicht annehmen wollen, daß er aus Arbeitseifer nur das Odland für sich zurückbehielt. Auch an eine gesonderte Verpachtung des Ödlandes ist nicht zu denken; denn man kann sich eine Rodungs-Wirtschaft doch wohl nur in Verbindung mit Acker-Wirtschaft denken. — Also von einer Rodungspflicht im Sinne von Rostowzew und Wilcken kann für das 3. Jahrhundert gewiß nicht gesprochen werden.[1]) Etwas anders steht es mit der Kultur-

[1]) Weisen nicht auch Griech. Texte 1 ed. P. M. Meyer und

pflicht. Die Verpflichtung, den *κλῆρος* angebaut und gepflegt zu erhalten, war m. E. schon den Kleruchen des 3. Jahrhunderts aufgelegt, da sie mir selbstverständlich erscheint. Daß aber damals die Kleruchen nicht einmal selbst den Acker bestellten, zeigt gerade P. Petr. II, 29 (Chr. I, 334). Denn auch Alketas, der zu den Kriegsgefangenen aus Asien gehörte, hatte nicht selbst gearbeitet, sondern verpachtet.

Wir müssen uns also bei den Kleruchen der genannten Petr.-Urkunden um einen wahrscheinlichen Grund für das *ἀναλαμβάνειν* des *κλῆρος* umsehen. Als natürlichste Erklärung erscheint mir aber da die Annahme, sie seien vom Könige zum Kriegsdienste aufgerufen worden. Wie schon Gelzer gezeigt hat, sehen wir die gleiche Behandlung dieser *κλῆροι* wie der *σταθμοί* im P. Hal. 1, 167 ff.

Neben den Petrie-Papyri war für mich ein von Schubart in den Gött. G. A. a. a. O. genannter unveröffentlichter Papyrus maßgebend, P. 13999, der auch deshalb erwähnenswert ist, da er m. E. denselben Phanias, der im Freib. 7 einen Brief abschickt, für das 38. Jahr, also 4 Jahre später in einer militärischen Stellung zeigt. Aus dem P. 13999 geht nämlich hervor, daß einer von den um Philadelphia *καταμεμετρημένων ἱππέων* ohne Erlaubnis des Vorgesetzten (Phanias) sein *τεταγμένον* nicht verlassen durfte.[1]) Hier galt also die Ansiedlung als Garnison (Standort), und der Angesiedelte stand weiter unter militärischer Disziplin, so sehr, daß er einen Urlaubsschein für das Verlassen der Ansiedlung brauchte. — Wir sprechen hier am besten gar nicht von Kleruchen im prägnanten Sinne, sondern von Soldaten, die auf *κλῆροι* disloziert sind.

Aus diesen Gründen sehe ich auch in den *νεανίσκοι* des Freib. 7 solche Reiter. Um die Verpflegung besonders der Reiter mit den Pferden zu erleichtern und den Transport des Getreides zu sparen, wurden die Mannschaften auf *κλῆροι* disloziert. Diese wurden aus der *γῆ βασιλικῆ* genommen Sie waren vorher verpachtet und blieben es. Nur wurde

Tebt. I 61 b gerade darauf hin, daß das Verbot, Saatland zuzuweisen, um 150 v. Chr. noch neu war?

[1]) Phanias war m. E. *στρατηγός*, Antipatros nach unveröffentlichten Pap. vielleicht *διοικητής* des Sprengels.

der Natural-Pachtzins jetzt für Reiter und Roß verwendet. Sobald der König die Mannschaft einberief, schied der Mann von seinem *κλῆρος* wie sein Kamerad aus dem *σταθμός*. Ein dislozierter Soldat hatte kein dingliches Recht an dem *κλῆρος*. Daß er ihn innehatte, beruhte auf dem öffentlichen Rechte der Militär-Verwaltung.

Daneben gab es aber schon im 3. Jahrhundert regelrechte Kleruchen, was bei Gelzer nicht hervortritt (siehe schon die Bemerkung von Partsch und Otto bei Gelzer 65). Wenn schon im 3. Jahrhundert eine ganze Reihe von Hundert-Aruren-Männern, scheinbar Garde und Makedonen (siehe die Listen bei Lesquier S. 291 ff.), und seit 220 andere mit 70 Aruren belegt sind, wenn seit 236 Offiziere mit dem Beisatz *κληροῦχος* begegnen, so kann hier natürlich nicht an Dislozierung gedacht werden. Diese Männer müssen mit dem Lande dauernd beliehen worden sein.[1]) Sie erwarben damit ein dingliches Nutzungsrecht am *κλῆρος*. P. Lill. 4 (= Chr. I, Nr. 336) zeigt, daß schon 218/7 das Land als dem Kleruchen und seinen Nachkommen zukommend aufgefaßt wurde. Die einzige Bedingung war, daß ein erbfähiger Sohn vorhanden war, eine Bedingung, die auch im Mittelalter bei der Land-Erbleihe gebräuchlich war. Es ist also nicht verwunderlich, daß schon 203/2, wie Partsch bei Gelzer 69 hervorhebt, der Begriff des Kleruchen im P. Cairo dem. 30659 so erklärt wird: „dem Land auf Ewigkeit gegeben ist".

Nach dem Gesagten könnte man auch daran denken, daß Menedemos in unserem Papyrus nicht Kleruch im engeren Sinne, sondern dislozierter Soldat war. Dagegen spricht klar der Umstand, daß er in seiner ausführlichen Unterschrift keinerlei militärischen Zusatz hat, der seinen Rang ausdrückte (wie *ἰδιώτης*) oder seine Zugehörigkeit zu einer Abteilung. Das wäre aber bei einem dislozierten Soldaten m. E. unbedingt notwendig. Wir haben ihn daher doch als Kleruchen im engeren Sinne zu denken.

Dann muß aber die Bedeutung des Zusatzes *τῆς ἐπιγονῆς* auf einem andern Gebiete liegen. Einen Fingerzeig gibt uns m. E. die merkwürdige Besonderheit der *ἀγώγιμος*-

---

[1]) Solche Landleihe war wahrscheinlich schon den Makedonen in der Heimat bekannt; s. Otto bei Gelzer a. a. O.

Klausel bei *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*.[1]) Es wäre doch zu auffallend, wenn der König sie bei der Personal-Exekution schlechter gestellt hätte als die anderen Nicht-Ägypter. Das wird nur verständlich, wenn wir annehmen, sie hätten selbst dies für ihren Kreis gewollt und beschlossen.[2]) Das aber war m. E. möglich, wenn sie einen staatsrechtlichen Sonderverband, ein *πολίτευμα* bildeten. (Vgl. zuletzt Schubart, Einf. i. d. Pap.-K. 247, 257 m. Lit.) So ist bei allen Bewohnern Ägyptens mit gleicher *τῆς ἐπιγονῆς*-Klausel anzunehmen, daß sie demselben *πολίτευμα* angehörten. Daß die Griechen sich von der Heimat aus als *πολῖται* fühlten, ist nicht zu bezweifeln. Der König aber hatte keinen Grund, ihnen die lieb gewordenen Anschauungen zu nehmen. Denn einerseits stützte er sich im Lande auf diese Personen-Klasse, andererseits tat es seiner Macht gar keinen Abbruch, wenn er solchen anerkannten öffentlich-rechtlichen Personen-Verbänden der Hellenen und Quasi-Hellenen gestattete, sich in ihren Statuten die Rechtsordnung ihres privaten Zusammenlebens und ihres gegenseitigen Verkehrs selbst zu geben, soweit nicht die königlichen Patente *(διαγράμματα)* dies getan hatten (vgl. Petr. III 21 g). — Die Soldaten der ersten Ptolomäer gruppierten sich also m. E. in solchen Verbänden und zwar gab es damals *πολιτεύματα* der Makedonen, der Myser, der Thessaler, der Thraker, der Perser, der Kreter und vielleicht auch einiger anderer (s. jetzt Schubart a. a. O.). Sie waren damit zwar nicht Bürger einer *πόλις*, aber doch Quasi-Bürger eines *πολίτευμα*. Mit Schubart meine ich also trotz dem Einspruche von Partsch (Arch. f. P.-F. VI, 43), daß die *πολιτεύματα* in den Truppenverbänden ihren Ursprung hatten. Dies scheint mir aus Teb. 32 (= Chr. I, Nr. 448) sicher hervorzugehen. Denn dort teilt der Chef der Katökenreiter den Asklepiades dem *πολίτευμα τῶν Κρητῶν* zu. Wenn dies noch um 145 so ist, nehme ich dies um so mehr für das 3. Jahrhundert an. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle *πολιτεύματα*, die belegt sind, aus Truppenverbänden hervorgehen mußten. Bei dem mächtigen *πολίτευμα τῶν Ἰουδαίων* war dies wohl nicht der Fall. Aber

---

[1]) s. Schubart, Arch. V, 112ff.; Mitteis, Grundz. 20, 46, 121; Lewald, „Personal-Exekution" s. Ind.

[2]) in einem *νόμος πολιτικός* (s. S. 244).

die Juden verstanden es m. E., sich mit den Ptolomäerkönigen derart gut zu stellen, daß sie die Bildung eines *πολίτευμα* nach Analogie der vorhandenen bewilligt erhielten.[1])

Diese öffentlich-rechtlichen Personenverbände der Nicht-Ägypter konnten sich im Rahmen der durch die königlichen Patente gezogenen, engen Grenzen ihre Privatrechtsordnung selbst geben.[2]) Das waren ihre *νόμοι πολιτικοί.*[3])

Wie unterschied sich ein solches *πολίτευμα* von einer *πόλις* wie Alexandrien? Einem *πολίτευμα* fehlten vor allem die Verfassungs-Grundgesetze über die allgemeinen Bürgerrechte, über die Kompetenzen der *βουλή*, des *δῆμος* und der Beamten u. dgl. (vgl. Dikaiomata S. 40). Aus dem Hal. 1 gehören möglicherweise Z. 219–222 dem Verfassungsgesetze [4]) über die allgemeinen Bürgerrechte, ferner Z. 234–241 vielleicht dem Thesmophylakengesetze an. Die Privatrechtsordnung der Bürger aber war auch hier m. E. in den *νόμοι πολιτικοί* niedergelegt. Ich glaube nicht, daß mit den Hg. des P. Hal. 1 unter dem Begriffe *ὁ πολιτικὸς νόμος* die territoriale Privatrechtsordnung für das Stadtgebiet verstanden werden könne [5]), ja nicht einmal mit Partsch, daß darunter die gesamte allgemeine Bürgersatzung verstanden wurde, sondern meine, daß man damit nur das ursprüngliche Bürger-Gesetz als Hauptgesetz bezeichnete. Damit war aber m. E. die Privatrechtsordnung nicht endgiltig abgeschlossen, sondern wurde auf Grund von Bürgerverbandsbeschlüssen durch neue *πολιτικοὶ νόμοι* (ohne Artikel; vgl. *τὸ διάγραμμα* und *διαγράμματα*) erweitert. Zu dieser Meinung bestimmt mich die Tatsache, daß nur Hal. 1, Z. 79 bis 105 als Teil des *πολιτικὸς νόμος* bezeugt ist und gerade dieser sich enge an ein solo-

---

[1]) Charakteristisch erscheint mir die Tatsache, daß der älteste Beleg für die Asylie in Ägypten eine Synagoge betrifft.

[2]) Wahrscheinlich geschah dies durch gewählte Gesetzgebungsausschüsse auf Grund von Verbandsbeschlüssen, vgl. Dikaiomata 42.

[3]) Anders die Hg. des P. Hal. 1 (S. 37), anders Partsch a. a. O. 44.

[4]) So auch Plaumann im Museumsexemplar, anders Partsch a. a. O. 40, 1.

[5]) Überzeugend schon von Partsch widerlegt (a. a. O. 40 ff.). Der Bestand des Personalitätsprinzipes im Altertum ist m. E. zweifellos (vgl. Wlassak, „Römische Prozeßgesetze“ 2, 126).

nisches Gesetz anschließt, während m. E. schon die folgenden Zeilen nicht mehr diesem, sondern einem späteren *πολιτικὸς νόμος* angehören.[1])

Auf Grund dieser Erwägungen nehme ich also an, daß der Zusatz *τῆς ἐπιγονῆς* die Angehörigkeit zum betreffenden *πολίτευμα* bezeichnet. Heißt Menedemos Thraker „der Nachkommenschaft“, so bedeutet das, daß sein Vater oder Ahne in dem (damals militärischen) Verbande der Thraker eingetragen war und daß sich diese politische Stellung auf die Nachkommen vererbte, mochten diese nun Kleruchen sein oder nicht.[2]) Wenn mitunter Juden als *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* auftreten (so in einer alex. Urkunde, s. Schubart, Arch. V 119, A. 2 und P. Hamb. 2, 6), so bedeutet das, daß diese der Nation nach den Juden angehören, politisch aber dem *πολίτευμα* der *Πέρσαι*, mochten sie nun selbst ihre Aufnahme angestrebt haben oder dort zugeteilt worden sein (vgl. Teb. 32, wo der Makedonier dem *πολίτευμα* der Kreter zugeteilt wird).

Mit dieser Erscheinung, daß die Nichtägypter einem Personen-Verbande angehörten, hängt m. E. die eigentümliche Bezeichnung *τῶν τοῦ δεῖνος* zusammen, wie in unserem Stücke Theokles *τῶν Φίλωνος* heißt. Theokles ist Korinthier; diese hatten in Ägypten kein *πολίτευμα*. Solange er nicht einem anderen *πολίτευμα* zugeteilt worden ist, ist seine politisch-rechtliche Charakterisierung für Ägypten, daß er zu den „Leuten des Philon“ gehört. Mit Schubart (Gött. G. A. a. a. O.) nehme ich an, daß diese „Eponymen“ in einem engeren Verhältnisse zu ihren Leuten standen. Wiederholt treffen wir Vater und Sohn gleichzeitig erwähnt. Diese Eponymen waren m. E. die Vorsteher ihrer Kontingents-Verbände, deren Mitglieder in Ägypten noch keiner *πόλις* und keinem *πολίτευμα* angehörten. Dagegen sind Ausdrücke wie: *τῶν πρότερον μετὰ Δρύτωνος* in der Inschrift von Eschmunin (s. Lesquiers

---

[1]) Dafür dürfte auch der Umstand sprechen, daß es in P. Lille 29, I, 10 heißt: *κατὰ τοὺς νόμους τοὺς περὶ τῶν οἰκετῶν ὄντας.*

[2]) Dagegen scheinen mir Ausdrücke wie *Ἀθηναῖος τῆς ἐπιγονῆς* nicht auf ein *πολίτευμα τῶν Ἀθ.* hinzuweisen, sondern nur als Ausdruck des Stolzes auf die Abstammung aufzufassen zu sein; denn die *πολιτεύματα* ersetzten nur eine *πόλις* und weisen durchwegs Völkerschaftsnamen auf.

Listen) oder *τῶν πρότερον Ἀριστονίσκου* (P. Giss. 2, 173) m. E. ohne politische Bedeutung (vgl. „Pappenheimer", „Wallensteiner" u. dgl.).

Die vorliegenden Erörterungen über die öffentlich-rechtlichen Personen-Verbände können auch zur Erklärung des P. Hal. 1, Z. 156—165 herangezogen werden. Es wird dort von Angehörigen des Heeres gesprochen, die in die Bürgerliste von Alexandria eingeschrieben sind. Falls ihre Prozeßgegner auch im Heere stehen und *πεπολιτογραφημένοι* sind, dann sind für ihre Klagen aus den Soldverhältnissen die *ξενικὰ δικαστήρια* zuständig. Diese Stelle ist m. E. von den Hg. mißverstanden worden. Die *ξενικὰ δικαστήρια* hat man nicht in der *χώρα*, sondern in Alexandrien zu suchen (s. jetzt auch Schubart, Einf. 293), genau wie das *ξενικὸν ἐμπόριον* in Teb. I, 5. Wenn es sich aber um stadt-alexandrinische Gerichte für Fremdenprozesse handelt, dann können unmöglich beide Parteien Neubürger von Alexandrien sein; denn für diese wären doch sicher *ἀστικὰ δικαστήρια* zuständig gewesen. Ich verstehe deshalb unter den Zweitgenannten, bei denen Alexandrien nicht erwähnt ist, nicht Alexandriner, sondern Mitglieder eines der anderen anerkannten *πολιτεύματα*. Dann ist es verständlich, daß die Parteien vor die *ξενικὰ δικαστήρια* verwiesen werden.

Das Schicksal der *πολιτεύματα* in der späteren Ptolomäerzeit ist aus den vorhandenen Quellen nicht sicher zu erkennen. Soviel geht aus ihnen hervor, daß schon im II./I. Jahrhundert v. Chr. nur mehr Makedonen und Perser *τῆς ἐπιγονῆς* hervortreten, in der römischen Zeit aber nur mehr diese. Andererseits zeigen Dokumente wie das *πρόςταγμα* des Euergetes (Teb. 1, 5 = Mitteis, Chr. II, Nr. 1) aus dem 2. Jahrhundert v. Chr. und der Gnomon des Idiologus aus dem 2. Jahrhundert n. Chr.[1]), daß der Personenkreis der *Ἕλληνες* fest umgrenzt war, daß es möglich sein mußte, einen Beweis für die Zugehörigkeit zu diesem Kreise zu erbringen. Daraus können wir ersehen, daß es ähnliche Matrikeln wie die Verzeichnisse der *πολιτεύματα* (s. Teb. 32) auch späterhin gegeben haben muß. Nach dem Gesagten wäre man geneigt anzunehmen, daß im 2. Jahrhundert v. Chr. alle Angehörigen

[1]) Schubart, Einf. 269. 328.

der *πολιτεύματα* mit Ausnahme derer der Makedonen und Perser als einheitliche Personen-Klasse[1]) zusammengefaßt wurden, was vielleicht zu einer Vereinheitlichung der Privatrechts-Satzungen auf Veranlassung des Königs führte. Die Makedonen scheinen erst mit dem Einzuge der Römerherrschaft in diesen Kreis einbezogen worden zu sein, während sie bis dahin wahrscheinlich eine Sonderstellung innehatten.

Ich möchte auch annehmen, wie es schon Plaumann (Arch. VI, 183) tat, daß mit den *πολιτεύματα* die Bezeichnung *κάτοικοι* zusammenhängt. Wenn im 2. Jahrhundert die meisten Völkerschafts-*πολιτεύματα* nicht mehr genannt werden, so liegt es nahe anzunehmen, daß es damals eine andere Bezeichnung für die Soldaten gab, die einem anerkannten Sonder-Verbande angehörten. Das war eben der Ausdruck *κάτοικος*. Er besagte m. E., daß sein Träger staatsrechtlich zu den *Ἕλληνες* gehörte.

---

[1]) Als *Ἕλληνες*, vgl. die *Ἕλληνες ἐν Ἀρσινοίτῃ*, im Delta u. dgl. (Plaumann, Arch. f. P.-F. VI, 176). Ich komme somit auf anderem Wege zu ähnlichen Ergebnissen wie Schubart schon vor Jahren; s. jetzt Schubart, „Einf. i. d. Pap.-K." a. a. O., vorher Klio X, 44 ff.

Miszelle.

[Berichtigung.] Im vorigen Jahrgang dieser Zeitschrift habe ich S. 76 versehentlich geschrieben, Levy hätte die Existenz der formula in ius concepta der actio commodati geleugnet. Das hat er nicht getan. Er hat nur bestritten, daß diese Formel die Worte ex fide bona enthielt. Nur das wollte ich auch sagen, und nur dagegen richten sich meine Ausführungen. Dem aufmerksamen Leser wird das auch nicht entgehen. Um jedoch jeden Zweifel auszuschließen, berichtige ich hiermit den lapsus calami.

B. Kübler.

